

**Die Sondererbfolge
in der Höhe der ehemals britischen Zone
unter Vergleich
mit anderen Fällen des Sondererbrechts**

VON ASSESSOR HEINZ NIEMEIER

1961

Die Sondererbfolge
in der HöfeO der ehemals britischen Zone
unter Vergleich
mit anderen Fällen des Sondererbrechts

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz



VON ASSESSOR HEINZ NIEMEIER

1. Berichterstatter: Professor Dr. Bartholomeyczik

2. Berichterstatter: Professor Dr. Bärmann

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1961

Gliederung

Einleitung und Aufgabenstellung	1
---	---

Kapitel 1

Die geschichtliche Entwicklung des Bauernrechts	5
1. Die Zeit bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts	5
2. Die Entwicklung bis zum REG	8
3. Das heutige Anerbenrecht	12
4. Das Anerbenrecht im Ausland	12

Kapitel 2

Das Sondererbrecht in der HöfeO	17
A) Das Wesen der Hofnachfolge	17
I. Die Hofnachfolge als römischrechtliche Einzelzuwendung	17
1. Die Hofnachfolge als Damnationslegat	18
2. Die Hofnachfolge als legatum sinendi modo	18
3. Die Hofnachfolge als fideicommissum	18
4. Die Hofnachfolge als Vindikationslegat	18
a) Der Besitzerwerb des dinglichen Vermächtnisnehmers	19
b) Die Haftung des dinglichen Vermächtnisnehmers für Nachlaßverbindlichkeiten	20
5. Die Hofnachfolge als Präzeptionslegat	23
a) Begriffsbestimmung	23
b) Ist die Zuwendung des Hofes ein gesetzliches Vorausvermächtnis?	24
c) Die Hofnachfolge als Vorausvermächtnis und das Hoffolgezeugnis	25
d) Das Ausschlagungsrecht des Hoferben und seine Stellung als Vermächtnisnehmer	25
e) Die Haftung des Vorausvermächtnisnehmers für Nachlaßverbindlichkeiten	26
II. Die Hofnachfolge als dinglich wirkende Teilungsanordnung	27
1. Begründung dieser Ansicht	27
2. Die gesetzliche Einrichtung einer dinglichen Erbteilung	27
3. Die dingliche Erbteilung und der Hof als Nachlaßbestandteil	28
4. Das Wesen der Erbteilung	28
5. Der Hof als gesamthänderische Berechtigung der Miterben	30

6. Die Erbteilung und die Haftung für Nachlaßschulden	30
7. Die dingliche Erbteilung in Verbindung mit einem Vorausvermächtnis	31
III. Die Hofnachfolge als Sondererbfolge	31
1. Die Erbfolge nach allgemeinem Recht	32
2. Die Erbfolge nach Höferecht	32
3. Die Hoferbfolge als Universal- oder als Singularsukzession	35
B) Die Vereinbarkeit des Sondererbrechts mit der Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG	36
I. Untersteht die HöfeO dem Verfassungsrecht?	36
II. Der Inhalt der Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG	37
C) Das Verhältnis des Hoferben zu den übrigen Erben	39
I. Werden die fehlenden Eigentumsrechte der weichenden Erben durch Surrogat ersetzt?	39
II. Besteht zwischen Hoferben und den übrigen Erben eine atypische Erbengemeinschaft?	40
1. Die Erbengemeinschaft im Vergleich mit der ehelichen Gütergemeinschaft	40
2. Die Erbengemeinschaft im Vergleich mit der Gesellschaft	41
3. Zusammenfassung	42
4. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Gesamthand	43
III. Die übrigen Merkmale einer Erbengemeinschaft	44
1. Die gemeinsame Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten	44
2. Die Anrechnungs- und Ausgleichspflichten zwischen Hoferben und den übrigen Erben	45
IV. Ergebnis	46
D) Der Abfindungsanspruch der weichenden Erben	48
E) Der Pflichtteilsanspruch der weichenden Erben	53
F) Der Pflichtteilsanspruch des Hoferben	57
G) Die Verfassungsmäßigkeit der Hoferbenordnung	59
H) Die Hoferbenfolge auf Grund einer letztwilligen Verfügung	65
I. Die Testierfähigkeit des Erblassers	65
II. Der verwaiste Hof	65
III. Die gewillkürte Hoferbenbestimmung	67
IV. Der Hofübergabevertrag	69

J) Die Vererbung des dinglichen oder schuldrechtlichen Anspruchs auf Übereignung des Hofes	70
K) Die Vererbung eines Anspruchs aus einem formlos bindenden Hofübergabevertrag oder einem formungültigen Erbvertrag	73
L) Die Vererbung des Nacherbenrechts	76
M) Das Ausschlagungsrecht und seine Vererbung	79
N) Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf die Vorschriften der HöfeO	80
I. Der Abfindungsanspruch und der Ausgleichsanspruch des überlebenden Ehegatten	80
II. Verwaltung und Nutznießung	82
III. Der Altenteil	83
IV. Der Aussteueranspruch	83

Kapitel 3

Das Sondererbrecht in anderen Gesetzen	84
A) Die Vererbung einer Reichsheimstätte	84
B) Die Vererbung eines Gesellschaftsanteils	87
I. Die Nachfolge durch einen Alleinerben	89
II. Die Nachfolge durch mehrere Erben	90
III. Die Nachfolge durch einen oder einige von mehreren Erben . .	92
C) Die Nachfolge eines nichterbberechtigten familienzugehörigen Haushaltsangehörigen des Erblassers in dessen Mietverhältnis . . .	99
D) Die Nachfolge in einen GmbH-Geschäftsanteil	105
Zusammenfassung	107



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554408_0086

Literaturverzeichnis

Arndts	Die Lehre von den Vermächtnissen, 1. Bd. (Bd. 46 von Glucks Pandekten), Erlangen 1869
Bärmann	Wohnungseigentumsgesetz, München und Berlin 1958
Bärmann	Aus dem spanischen Landwirtschaftsrecht in RdL 1957, 225 ff.
Bartholomeyczik	Erbrecht, 5. Aufl., München und Berlin 1961
Bartholomeyczik	Die Miterbengemeinschaft, 4. Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht, vorgelegt von Heinrich Lange, S. 120 ff., Tübingen 1942
Bartholomeyczik	Erbeinsetzung, andere Zuwendungen und Erbschein, 5. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, vorgelegt von Heinrich Lange, Tübingen 1942
Bartholomeyczik	Die bevölkerungspolitischen Aufgaben des Reichserbhofrechts in der Ostsiedlung in AcP 148 (1942), 257 ff.
Bartholomeyczik	Die Haftung der Erben für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten in DGWR 1938, 321 ff.
Baumbach - Duden	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 14. Aufl., München und Berlin 1961
Baumbach - Hueck	GmbH-Gesetz, 9. Aufl., München und Berlin 1960
Baumecker - Domke	Handbuch des Großdeutschen Erbhofrechts, 4. Aufl., Köln 1940
Baur	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 5.5.1959 in JZ 1959, 443 f.
Beismann	Die Rechtsstellung des Anerben, Dissertation Göttingen 1931
Bendel	Das Problem der weichenden Erben im Anerbenrecht, Dissertation Köln, Berlin 1959

Bergmann	Die Bestimmung des Hoferben durch den kinderlosen Bauern in SchlHA 1948, 233 ff.
Bergmann	Gleichheitssatz und bäuerliche Vererbung in FamRZ 1959, 87 ff.
Bettermann	Kommentar zum Mieterschutzgesetz und seinen Nebengesetzen, Tübingen 1957
Beutner	Grundzüge eines allgemeinen Anerbenrechts in rechtsvergleichender Darstellung in rucht 69 (1928), 210 ff.
Binder	Die Rechtsstellung des Erben nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, III. Teil, Leipzig 1905
Blomeyer	Deutsches Bauernrecht, Berlin 1936
Böhmer	Erbrecht in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Bd. Berlin 1954, S. 199 ff.
Bosch	Die Regelung der Nachlaßverbindlichkeiten im Erbhofrecht, zugleich ein Beitrag zu der Frage des Rechtscharakters der Anerbenfolge, Bonn 1934
Bosch	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 5. 5. 1959 in FamRZ 1959, 283
Buchwald	Gesellschaftsanteil und Erbrecht in AcP 154 (1955), 22 ff.
Buchwald	Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag in JR 1955, 173 ff.
Bulling	Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 29. 1. 1952 in RdL 1952, 274
Busse	Besprechung der Abhandlung von Bosch, Nachlaßverbindlichkeiten, in DR 1935, 424
Cammerer	Neues bürgerliches Recht nach dem Reichserbhofgesetz in DJZ 1934, Sp. 253 ff.
Conrad	Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I, Frühzeit und Mittelalter, Karlsruhe 1954
Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. V Erbrecht, Tübingen 1912

Dernburg - Engelmann	Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. V, Deutsches Erbrecht, 2. Aufl., Halle 1911
Dieckhoff	Die Grenzen der Testierfreiheit des Hofeigentümers in der britischen Besatzungszone in MDR 1948, 330 ff.
Dietz	Erbrecht, Bonn 1949
Dölle	Lehrbuch des Reichserbhofgesetzes, 2. Auflage, München und Berlin 1939
Dölle	Bürgerliches Recht und Reichserbhofrecht, Hamburg 1935
Drechsler	Das Höferecht in der Provinz Hannover, 3. Aufl., Hannover 1921
Dürig	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 5.5.1959 in NJW 1959, 1173 f.
Düringer - Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch II. Bd., 2. Hälfte, erläutert von Flechtheim, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
Enneccerus - Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Enneccerus - Kipp	Erbrecht, 8. Aufl., Marburg 1930
Enneccerus - Kipp - Coing	Erbrecht, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960
Enneccerus - Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbbd., Tübingen 1959
Esser	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Esser	§ 242 BGB und die Privatautonomie in JZ 1957, 555 ff.
Ferid - Firsching	Internationales Erbrecht, München und Berlin 1961
Fink	Die formlose Einsetzung eines Hoferben nach der Höfeordnung für die britische Zone, Dissertation Mainz 1959
Fischer	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 11. 1956 in LM Nr. 1 zu § 139 HGB

Flad	Vindikationsvermächtnis? in ZAkfDR 1936, 738 ff.
Frisius	Zur Wirtschaftsfähigkeit eines weiblichen Hofübernehmer in RdL 1953, 208
Gerckens	Zum Mißbrauch der Testierfreiheit im Landwirtschaftsrecht in FamRZ 1955, 163
Gernhuber	Formnichtigkeit und Treu und Glauben in Festschrift f. Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957 S. 151 ff.
v. Gierke, Julius	Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters in Festgabe für Wieland, 1934, S. 98 ff.
v. Gierke, Otto	Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887
Gülland	Erbrecht des Anerben in JW 1934, 1389
Günther	Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anerben und den weichen Erben nach der Höfeordnung für die Britische Zone im Vergleich mit den Vorschriften der vorhergehenden deutschen Anerbengesetze, Dissertation Göttingen 1949
Hachenburg - Schilling	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., Berlin 1956
Haegele	Hofübergabe und Hofvererbung in den Westzonen, Stuttgart und Köln 1949
Hallstein	Anerbenrecht im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von Schlegelberger, Bd. II, Berlin 1927
Hans	Das Mieterschutzgesetz vom 15. 12. 1942, Geschäftsraummietengesetz vom 25. 6. 1952 mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 4. und 5. Aufl., Münster 1952
Hartmann	Höfeordnung in Rheinland-Pfalz, Mainz, Wiesbaden 1954
Hase	Der Anerbe und seine Miterben nach dem Reichserbhofgesetz in ZAkfDR 1935, 961
Hedemann	Betrachtungen zum Beschluß des Bundesgerichtshofes über das Vorrecht des männlichen Geschlechts bei der Hoferbfolge in JR 1959, 448 f.

Hermes	Anerbenrecht im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Elster, Lexis, Loening, 3. Aufl., 1. Bd., Jena 1909
Herminghausen	Formlos bindende Hofzusage in DNotZ 1958, 115 ff.
Herminghausen	Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau im Höferecht in NJW 1955, 1867 ff.
Herminghausen	Anmerkung zur Entscheidung des OLG Celle vom 13. 2. 1951 in DNotZ 1951, 554
Heusler	Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. 2, Leipzig 1885
Hübner	Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 4. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922
Hueck	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1951
Huëck	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht in DNotZ 1952, 550 ff.
Hueck	Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 22. 11. 1956 in JZ 1957, 222 f.
Humbert	Die formlose Bestimmung des Hoferben in NJW 1956, 1857 ff.
Kaser	Römisches Privatrecht, München und Berlin 1960
Kaufmann	Zur Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vermögensbindung in JZ 1959, 522 f.
Kiefersauer - Glaser - Bromby	Grundstücksmiete, Mieterschutz, Mietzinsbildung, Wohnraumbewirtschaftung, Berlin 1958
Knubel	Das Wesen der Erbfolge nach dem Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933 in rechtsvergleichender Darstellung zum älteren bürgerlichen Erbrecht, Dissertation Köln, Düsseldorf 1934
Koch	Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Dissertation Göttingen 1935
Kozer	Mieterschutz mit Nebengesetzen, Berlin und Frankfurt/Main 1949

Krüger	„Wegen ihres Geschlechts“ nicht zur Hoferbfolge berechtigt. Kritische Bemerkungen zum Beschluß des BGH vom 5. 5. 1959 – V BLw 47/58 – in DÖV 1959, 494 ff.
Kruse	Das Eigentumsrecht, Bd. I, aus dem Dänischen übersetzt von Larsen, Berlin und Leipzig 1931
Kühl	Die Rechtsnatur der Anerbenfolge nach dem Reichserbhofgesetz und den Landesanerben-gesetzen, Dissertation Köln 1938
Lange, Rudolf	Über den Einfluß des Gleichberechtigungsgeset- zes auf die Höfeordnung (frühere BrZ) in NJW 1957, 1503 ff.
Lange, Rudolf	Die Auseinandersetzung bei einem Hofe in RdL 1959, 257 ff.
Lange - Wulff	Höfeordnung, 4. Aufl. 1954 und 5. Aufl. 1961, München und Berlin
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts I. Bd., Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München und Berlin 1960
Lehmann	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Aufl., Berlin 1958
Liebisch	Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters in ZHR 116 (1954), 128 ff.
Merz	Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungs- regeln in Festschrift für Tuor S. 85 ff., Zürich 1946
Michler - Ulbrich	Oesterreichisches Staatswörterbuch II. Bd., 1. Hälfte, Wien 1896
Mitteis - Lieberich	Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., München und Berlin 1959
Molitor	Deutsches Bauern- und Agrarrecht, 2. Aufl., Leipzig 1939
Motive	zu dem Entwurf eines BGB V. Bd. 1888
Mühl	Treu und Glauben im Sachenrecht in NJW 1956, 1657 ff.
Müller - Wilm	Der Rechtscharakter der Hoferbfolge und sein Einfluß auf die Regelung der Nachlaßverbindlich- keiten, Dissertation Kiel 1951

Mugdan	Die gesamten Materialien zum BGB V. Bd., Berlin 1899
Natter	Teilungsanordnung und Vermächtnis in JZ 1959, 151 ff.
Nickol	Die Höfeordnung der britischen Zone in MDR 1947, 144 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 20. Aufl., München und Berlin 1961
Pappenheim	Die Neuordnung des schwedischen Erbrechts II. in Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht Bd. 5 (1931) I, 289 ff.
Pelka	Das Höferecht in Südtirol in RdL 1955, 98 ff.
Pikalo	Land- und forstwirtschaftliches Grundstücksverkehrs- und Erbrecht im westlichen Europa, Berlin 1961
Pikalo	Hofvererbung und Hofübergabe im Höferecht der Brit. Zone in RdL 1953, 94 f.
Pikalo	Der Einfluß des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft auf das Höferecht in RdL 1959, 1 ff.
Pikalo	Anerbenrecht und Verfassungsrecht in NJW 1959, 1609 ff.
Planck	Bürgerliches Recht nebst Einführungsgesetz, Bd. VI Einführungsgesetz, 1. und 2. Aufl., Berlin 1901
Planitz	Die Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin 1949
Plum	Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960 Bd. II, S. 137 ff., Karlsruhe 1960
Protokolle	der II. Kommission V. Bd. 1897–1899
Redmann	Über die rechtliche Relevanz des Geschlechtsunterschieds in Fam Rt 1961, 409 ff.
Reichsgerichtsräte	Kommentar, Schuldrecht, II. Bd. 2. Teil, 11. Aufl., 1960, bearbeitet von Fischer, Haager, Kreft, Kühn, Scheffler, Bd. V, Erbrecht 1. Teil, 11. Aufl., 1960, bearbeitet von Kregel und Johannsen, Berlin

Reinicke, G., D.	Formvorschrift, Treu und Glauben und Schadenersatz in MDR 1954, 641 ff.
Reinicke, G., D.	Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht in NJW 1957, 561 ff.
Roemer	Zur formlosen Hoferbenbestimmung in der Rechtsprechung des BGH in DNotZ 1957, 283 ff.
Rötelmann	Der Abfindungsergänzungsanspruch in DNotZ 1951, 532 ff.
Rötelmann	Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 16. 2. 1954 in NJW 1954, 1644 f.
Rötelmann	Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 16. 1. 1956 in NJW 1956, 1157
Rötelmann	Der Vorzug des männlichen Geschlechts bei der Hoferbfolge in NJW 1960, 949 f.
Roquette	Mietrecht, 5. Aufl., Tübingen 1961
Roquette	Mieterschutzgesetz, München und Berlin 1956
Rütz	Können die Länder die Höfeordnung ändern? in RdL 1960, 281 ff.
Sambräus	Erbfolge kraft Höferecht und freie Bestimmung des Hoferben in SchlHA 1947, 281 ff.
Schardey	Gleichberechtigungsgrundsatz und Vorrang des männlichen Geschlechts bei der Hoferbfolge, Bielefeld 1961
Schefer	In welcher Weise kann die Satzung einer GmbH den Erwerb von Geschäftsanteilen durch Erbgang ausschließen oder beschränken?, Dissertation Mainz 1960
Schefer	Wie kann die Satzung einer GmbH die Vererbung von Geschäftsanteilen ausschließen? in DB 1961, 57 ff.
Scheffler	Anmerkung zum Beschluß des OLG Düsseldorf vom 5. 4. 1950 in JZ 1951, 20

Schlegelberger	Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, 3. Aufl., bearbeitet von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, Berlin und Frankfurt, Main 1955
Schlicht	Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklauseln (§ 139 HGB)? in NJW 1954, 984 ff.
Scholz	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., Köln 1959
Schulte	Formlose Bestimmung des Hoferben in RdL 1956, 177 ff.
Schulte	Formlose bürgerliche Übergabe- und Erbverträge in NJW 1958, 361 ff., 820
Schultz	Die Stellung des Hoferben unter besonderer Berücksichtigung seiner Beteiligung am sonstigen Nachlaß, Dissertation Münster 1949
Siebert	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., Karlsruhe 1958
Siebert	Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft in NJW 1955, 809 ff.
Siebert	Nachfolge eines Miterben in die Gesellschafterstellung bei der offenen Handelsgesellschaft in BB 1957, 18 ff.
Soergel - Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 9. Aufl., Bd. I, bearbeitet von Siebert u. a., 1959, Bd. V, bearbeitet von Ehard, Eder, 1961 Stuttgart Einführungsgesetz, bearbeitet von Kregel, Bauer
Sohm - Mitteis - Wenger	Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 17. Aufl., Berlin 1949
Sudhoff	Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft, München und Berlin 1959
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. I, 11. Aufl., bearbeitet von Brändel, Coing, 1957 Bd. II, 4. Teil, 11. Aufl., bearbeitet von Geiler-Keßler, 1958 Bd. V, 1. Teil, 11. Aufl., bearbeitet von Böhmer, Lehmann, Seybold, 1954 Bd. V, 2. Teil, 10./11. Aufl., bearbeitet von Ferid, Firsching, Lehmann, Berlin 1960 Bd. VI, 1. Teil, 10. Aufl., bearbeitet von Gramm, Berlin und München 1939

Steinhoff	Die Rechtsstellung der weichenden Erben nach §§ 12, 13 Höfeordnung, insbesondere im Fall ihrer Minderjährigkeit, Dissertation Göttingen 1956
Stobbe	Handbuch des Deutschen Privatrechts, 5. Bd. Erbrecht, 1. und 2. Aufl., Berlin 1885
Stoll	Deutsches Bauernrecht, Tübingen 1935
Stoll	Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten im Erbhofrecht in DJZ 1935 Sp. 937 ff.
Stoll - Baur	Deutsches Bauernrecht, 3. Aufl., Tübingen 1942
Tasche	Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß in Jherings Jahrbuch 90, 101 ff.
Tasche	Zur Ausgleichs-Anrechnungspflicht von Vorempfängen im Höferecht in RdL 1956, 33 ff.
Tiedau	Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht in MDR 1957, 641 ff.
Tischbein	Nachprüfbarkeit des Besatzungsrechts durch deutsche Gerichte in NJW 1955, 1179 ff.
Verlautbarung	aus dem Kreise der Mitarbeiter der Höfeordnung in HannRpfl 1947, Sonderbeilage zu Heft 5 S. 13 ff.
Vogels	Reichserbhofgesetz, 4. Aufl., Berlin 1937
Wagemann	Bäuerliches Erbhofrecht, Berlin und Leipzig 1933
Wagemann	Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes in der Nachkriegszeit Bd. 178 der Schriften des Vereins für Sozialpolitik, herausgegeben von Sering und v. Dietze, München und Leipzig 1930
Westermann	Sachenrecht, 4. Aufl., Karlsruhe 1960
Wernicke	Bonner Kommentar, herausgegeben von Dennewitz, Hamburg 1950
Wieacker	Stillschweigende Hoferbenbestimmung in DNotZ 1956, 115 ff.
Wieacker	Hoferbenbestimmung durch schlüssiges oder sozial atypisches Verhalten in FamRZ 1957, 287 ff.

Wöhrmann	Das Landwirtschaftsrecht der britischen Zone, Bleckede a. d. Elbe 1951 mit Nachtrag 1954
Wöhrmann	Das Reichserbhofrecht, 3. Aufl., Berlin 1939
Wöhrmann	Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 29.1. 1952 in RdL 1952, 102 ff.
Wöhrmann	Grundstücksverkehrsgesetz und Bundeshöfeordnung in RdL 1955, 61 ff.
Wöhrmann	Stellungnahme zu Tasche „Zur Ausgleichs-Anrechnungspflicht von Vorempfängen im Höfe-recht“ in RdL 1956, 37 ff.
Wöhrmann	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 11. 10. 1956 in RdL 1957, 12 ff.
Wöhrmann	Der Vorrang des männlichen Geschlechts in der Hoferbenordnung in RdL 1960, 57 ff.
Wöhrmann	Die Vererbung des Nacherbenrechts in RdL 1960, 225 ff.
Wöhrmann	Zweifelsfragen bei der Ausgleichspflicht nach § 13 HöfeO in RdL 1961, 60 ff.
Wolf	Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen „offenen“ Gesellschafters in NJW 1954, 1549
Wolff	Das internationale Privatrecht Deutschlands, 2. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
Wormit - Ehrenfort	Reichsheimstättengesetz, 3. Aufl., Köln und Berlin 1960
Zivilrechts-kommission	des Deutschen Richterbundes, Stellungnahme zur Bevorzugung des männlichen Geschlechts in der HöfeO DRiZ 1954, 253 = RdL 1955, 71 = FamRZ 1955, 41
Zunft ¹⁾	Unklarheiten zu § 139 HGB in NJW 1957, 1129 ff.

1) Soweit Schriftsteller im Literaturverzeichnis mit mehreren Abhandlungen aufgeführt sind, ist die erste nur nach Seitenzahl, alle weiteren sind mit einem besonderen Zusatz zitiert.

Einleitung und Aufgabenstellung

Die Agrarpolitik eines jeden Staates muß im Interesse der Sicherung der Ernährungslage seiner Bevölkerung darauf bedacht sein, die Existenz und Leistungsfähigkeit der in seinem Staatsgebiet gelegenen landwirtschaftlichen Betriebe zu erhalten.¹⁾ Die Gefahr, daß eine landwirtschaftliche Besetzung unrentabel wird, entsteht erfahrungsgemäß immer dann, wenn der zu ihr gehörige Grundbesitz verkleinert wird und der Hof unter eine bestimmte Mindestgröße herabsinkt.²⁾ Aus diesem Grunde unterwirft Art. IV KRG Nr. 45 (Amtsbl. des KR 1947 S. 80) in Verbindung mit Art. III MRVO Nr. 84 vom 24. 4. 1947 (Amtsbl. der Mil.-Reg. für die brit. Zone 1947 S. 500 = VOBl. 1947 S. 33) den land- und forstwirtschaftlichen Grundstücksverkehr der behördlichen Kontrolle. Die Veräußerung eines derartigen Grundbesitzes ist danach erst wirksam, wenn die Landwirtschaftsbehörde dazu die Genehmigung erteilt hat. Art. III MRVO Nr. 84 wird am 1. 1. 1962 durch das Grundstücksverkehrsgesetz vom 28. Juli 1961 (BGBl. I S. 1091), das diese Genehmigungspflicht beibehalten hat, abgelöst. Mit Hilfe dieser Vorschriften soll der unwirtschaftlichen Zerteilung eines Hofes vorgebeugt werden.

Ein Eigentumswechsel vollzieht sich aber nicht allein durch Verfügungen unter Lebenden. Er wird auch durch den Tod des bisherigen Eigentümers ausgelöst. Hinterläßt der Hofeigentümer mehrere Erben, dann fällt der gesamte Nachlaß unter Einschluß des Hofes nach allgemeinem Recht gemäß §§ 1922 Abs. 1, 2032 Abs. 1 BGB in das gesamthänderische Vermögen aller Miterben. Die Auseinandersetzung der Miterben hat nach den §§ 2042 Abs. 2, 752 BGB vornehmlich durch Teilung der gemeinschaftlichen Nachlaßgegenstände entsprechend ihren Erbanteilen zu erfolgen (sog. Realteilungsprinzip). Die erbrechtlichen Vorschriften des BGB begünstigen damit die Zersplitterung eines Hofes. Zwar sind die Vorschriften über die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft nicht zwingend, jedoch ist die Gefahr der Existenzvernichtung oder der Überschuldung des Hofes selbst dann nicht behoben, wenn sich die Miterben auf einen bestimmten Hofübernehmer einigen können; denn der Übernahme wert ist nach dem allgemeinen Verkaufswert zu bestimmen.³⁾ Die Erträge eines landwirtschaftlichen Betriebes reichen aber in aller Regel nicht aus, um mit ihnen allein die übrigen Miterben abzufinden. Der Übernehmer ist daher, um die Abfindungen aufbringen zu können, regelmäßig gezwungen, Kredite aufzunehmen oder aber die Substanz des Hofes anzugreifen und einzelne Grundstücke zu veräußern. Dadurch werden ungesunde Verhältnisse geschaffen, die der Leistungsfähigkeit des Hofes abträglich sind. Der Erblasser ist zwar in der Lage, in einer letztwilligen Verfügung den Übernahme preis des Hofes festzusetzen und abweichend von den Vorschriften des BGB eine anderweitige Erbauseinandersetzung anzuordnen, insbesondere kann er auch die Abfindungen für die übrigen Erben festlegen.^{4) 5)}

Mit dem Hinweis auf die Testierfähigkeit des Erblassers ist das Problem der Zerstückelung des landwirtschaftlichen Grundbesitzes jedoch nicht gelöst.

1) vgl. § 1 HöfeO von Rhld.-Pfalz

2) Die Mindestgröße hängt von verschiedenen Faktoren ab, insbesondere aber von der Fruchtbarkeit des Bodens und der Tüchtigkeit des Bewirtschafters. A. A. Bendel S. 36, der die Größe des Betriebes für unbeachtlich hält, aber dennoch – in Konsequenz – ein Hoferbenrecht für zweckmäßig erachtet.

3) vgl. aber §§ 2049, 2312, 1376 Abs. 2 BGB, § 16 Abs. 1 GrdStVG: Ertragswert

4) Die Bestimmung des Übernehmers allein würde nicht genügen. In diesem Fall ist der Hof entsprechend der gesetzlichen Vermutung des § 2049 BGB bei der Erbauseinandersetzung mit dem Ertragswert anzusetzen. Der Ertragswert bestimmt sich nach dem Reinertrag, den das Landgut nach seiner bisherigen Bewirtschaftung nachhaltig gewähren kann. Der so errechnete Betrag ist nach Art. 83 Pr. AGBGB mit 25 zu kapitalisieren. Damit ist die Gefahr der Überschuldung noch nicht gebannt.

5) Kruse (S. 247, 293 f.) macht die Verwendung des Verkehrswertes bei der Erbteilung für die Überschuldung und Dauerkrise der Landwirtschaft in der europäischen Ländern verantwortlich.

Es geht nicht an, die Wahrung öffentlicher Interessen ausschließlich in die Hand von Privatpersonen zu legen. Außerdem scheut sich der Landwirt, wie die Erfahrung lehrt, vor der Errichtung letztwilliger Verfügungen in der abergläubischen Vorstellung, daß er dadurch seine Lebenserwartungen verkürze. Dem deutschen Recht ist die Testaterbfolge verhältnismäßig fremd geblieben. Die Vererbung des landwirtschaftlichen Grundbesitzes bedarf daher einer gesetzlichen Regelung.

Art. I und II des erwähnten KRG Nr. 45 haben das bis dahin geltende REG des deutschen Reiches vom 29. 9. 1933 (RGBl. I S. 685) nebst den dazu ergangenen Änderungs- und Ergänzungsvorschriften wegen des darin enthaltenen nationalsozialistischen Gedankengutes aufgehoben und stattdessen die Anerbengesetze der deutschen Länder, die am 1. 1. 1933 galten, wieder in Kraft gesetzt. Der Gesetzgeber der brit. Zone hat aber von der in Art. XI des KRG Nr. 45 enthaltenen Ermächtigung Gebrauch gemacht und im Geltungsbereich seiner Gesetzgebungsbefugnis ein einheitliches Landwirtschaftsrecht mit der am 24. 4. 1947 in Kraft getretenen MRVO Nr. 84 geschaffen. Anlage B dieser Verordnung ist die heute noch in den Ländern Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Hamburg geltenden HöfeO.

§ 4 S. 1 HöfeO bestimmt, daß der Hof¹⁾ nebst Zubehör als Teil der Erbschaft kraft Gesetzes nur einem Erben (dem Hoferben) – in früheren Gesetzen Anerbe genannt – zufällt. Der Hoferbe ist zwar nicht von den Abfindungsansprüchen der übrigen Erben des Erblassers, der sog. weichen Erben, befreit. Vielmehr tritt im Verhältnis der Miterben untereinander nach § 4 S. 2 HöfeO der Hofeswert. Dieser ist aber nach dem zuletzt festgestellten steuerlichen Einheitswert zu ermitteln (§ 12 Abs. 2 HöfeO). Das ist nach § 19 Abs. 2 HöfeO der 18-fache Betrag des jährlichen Reinertrages gemäß den Bestimmungen des RBewG vom 16. 10. 1934 (RGBl. I S. 1035), also ein Betrag, der heute in der Regel um ein mehrfaches unter dem wirklichen Verkaufswert des Hofes liegt, zumal die letzte allgemeine Einheitswertfestsetzung auf das Jahr 1935 zurückgeht. Auf dieser Basis berechnen sich die grundsätzlich auf Geld gerichteten Abfindungsansprüche der weichen Erben (§ 12 Abs. 1 HöfeO). Von dem Hofeswert, zu dem unter bestimmten Voraussetzungen angemessene Zuschläge zu machen sind, sind zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten abzuziehen, die im Verhältnis der Erben zueinander den Hof treffen und von dem Hoferben allein zu tragen sind. Das sind nach § 15 Abs. 2 und 3 HöfeO die auf dem Hof ruhenden Lasten, die keine Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden sind, also Nießbrauch, Altenteil, Grundsteuer und dergleichen, sowie die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten, soweit sie aus dem hoffreien Vermögen²⁾ nicht berichtigt werden können. Sodann gebührt dem Hoferben von dem Restbetrag ein Drittel als Voraus (§ 12 Abs. 3 S. 2 HöfeO). Die übrigbleibenden $\frac{7}{10}$ stehen den weichen Erben in dem Verhältnis zu, das ihren Erbteilen nach den Vorschriften des BGB entspricht. Insoweit ist auch der Hoferbe zu berücksichtigen, sofern er nach allgemeinem Recht zum Erben berufen ist (§ 12 Abs. 3 S. 3 HöfeO). Einen Anspruch auf Beteiligung am hoffreien Vermögen hat er jedoch nur insoweit,

1) Die Hofeigenschaft ergibt sich aus § 1 HöfeO. Danach ist Hof i. S. der HöfeO jede land- und forstwirtschaftliche Besitzung mit einer zu ihrer Bewirtschaftung geeigneten Hofstelle, die sich im Eigentum einer natürlichen Person oder im Eigentum von Ehegatten (Ehegattenhof) befindet oder zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört. Höfe, die einen steuerlichen Einheitswert von 10 000 DM oder mehr haben, werden von Amts wegen in die Höferolle eingetragen. Diese Eintragung hat deklaratorische Wirkung. Höfe, deren Einheitswert unter 10 000 DM liegt, können die Hofeigenschaft auf Antrag des Hofeigentümers erlangen. Diese Eintragung hat konstitutive Wirkung. Damit besteht die HöfeO in erster Linie auf dem obligatorischen Höfesystem und folgt nur bei kleineren Höfen dem fakultativen Höfesystem. Der Entwurf der Bundesregierung hat diese Einteilung beibehalten. Er geht jedoch von einem „Wirtschaftswert“ von 20 000 DM aus.

2) Hoffreies Vermögen ist das Vermögen, das mit dem Hof in keinem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang steht.

als der auf ihn entfallende Anteil größer ist als der Einheitswert des Hofes (§ 15 Abs. 4 S. 2 HöfeO).¹⁾

Die HöfeO hat die Testierfreiheit des Erblassers nicht aufgehoben. Jedoch ist diese insoweit beschränkt, als der Erblasser die Erbfolge kraft Höferechts nicht nicht ausschließen darf (§ 16 Abs. 1 HöfeO). Ferner bedarf er der Zustimmung des Gerichts, wenn er bei der Bestimmung des Hoferben seine sämtlichen Abkömmlinge übergehen will (§ 7 Abs. 2 HöfeO).

Die HöfeO enthält demnach zwei Grundprinzipien: erstens, die geschlossene Vererbung des Hofes auf nur einen Erben und, zweitens, die Bevorzugung des Hoferben zu Lasten der weichenden Erben im Interesse der Erhaltung des Hofes. Daneben will die HöfeO den Hof der Familie des Hofeigentümers sichern, wie die in den §§ 5, 6 HöfeO geregelte Hoferbenfolge, die Einrichtung des Ehegattenhofes im § 8 HöfeO und der Abfindungsergänzungsanspruch des § 13 HöfeO erkennen lassen.²⁾

Der im § 4 HöfeO, dem Kernstück dieses Gesetzes, bestimmte Grundsatz, daß der Hof sich auch, wenn mehrere Erben vorhanden sind, nur auf einen von ihnen vererbt, weicht von dem System der Gesamterbfolge der §§ 1922, 2032 BGB ab. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist die Frage, ob und in welcher Weise sich dieser „rechtssystematische Fremdkörper“ in die Dogmatik der erbrechtlichen Vorschriften des BGB einordnen läßt und wie sich die in der HöfeO getroffene Sonderregelung auf die Rechtsstellung der Beteiligten auswirkt. Im Anschluß daran sollen die gesetzlichen Fälle behandelt werden, die ebenfalls eine Ausnahme des Grundsatzes der Gesamterbfolge darstellen. Bevor diese Prüfung für die HöfeO angestellt wird, ist es nützlich, sich einen kurzen Überblick über die geschichtliche Entwicklung des bäuerlichen Erbrechts zu verschaffen. Denn die HöfeO faßt die besten und die bewährtesten Anerbengesetze der früheren Landesgesetzgebung zusammen.³⁾ Das Hoferbenrecht kann daher nur aus seiner Geschichte heraus verstanden werden.

1) Zur Auslegung dieses Begriffes vgl. Kap. 2 Abschnitt F.

2) Die HöfeO enthält jedoch keinen allgemein gültigen Rechtssatz des Inhalts, daß der Hof der Familie, von der er stammt, erhalten bleiben muß. Vielmehr ist nur durch einige Vorschriften dafür Sorge getragen, daß der Hof nicht auf eine andere Familie übergeht (so mit Recht BGHZ 1, 124 = LM Nr. 2 zu § 7 HöfeO).

3) BGHZ 1, 248 = RdL 1951, 192; BGH RdL 1952, 100 (101); Wöhrmann S. 36; Verlautbarung aus dem Kreise der Mitarbeiter der HöfeO in Hann Rpfl 1947 Sonderbeilage zu Heft 5 S. 15

Kapitel 1

Die geschichtliche Entwicklung des Bauernrechts

1. Die Zeit bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts

Die Frage nach dem bäuerlichen Erbrecht ist notwendig mit der Entwicklung des Eigentums an dem landwirtschaftlich genutzten Grund und Boden verknüpft. Solange in der Person des einzelnen Bauern Eigentumsrechte an den Liegenschaften nicht entstehen konnten, ist für ein Erbrecht hinsichtlich des Hofes kein Raum. Deshalb hat bei der folgenden geschichtlichen Betrachtung die Zeit, die die germanischen Volksstämme als Nomaden umherziehen sieht, auszuscheiden. Aber auch die Periode, in der die Germanen sesshaft oder doch halb sesshaft werden, kennt im allgemeinen weder an Liegenschaften noch an der Fahrhabe **private** Eigentums- oder eigentumsähnliche Rechte.

Der Germane ist nicht nur Krieger, sondern auch Landwirt, der Ackerbau und Viehzucht betreibt. Dank der günstigen Lage seines Siedlungsgebiets kann sich eine reiche Bauernkultur entfalten.¹⁾ Die landwirtschaftlich genutzten Flächen stehen aber nicht im persönlichen Eigentum des Bewirtschafters, sondern im genossenschaftlichen Gesamteigentum der zu einer Dorfgemeinschaft zusammengefaßten Sippen. Die von den einzelnen Dorfgenossen zu bestellenden Äcker werden in jedem Jahr durch Los neu verteilt. Diese genossenschaftliche Bindung an den Grund und Boden, der sog. Hufe, hat sich jedoch nicht sehr lange erhalten. Die Eigentumsrechte der Dorfgenossenschaft treten zugunsten der Hausgemeinschaft, bestehend aus Söhnen und Töchtern, Vater und Mutter sowie deren Geschwister, zurück.

Die der Hausgemeinschaft gehörigen Ländereien werden Odal genannt. Dieses Odal ist aber keinem Erbrecht unterworfen. Es steht im unveräußerlichen gesamthänderischen Eigentum der Hausgemeinschaft. Diese vermögensrechtlichen Beziehungen werden durch den Tod eines Hausgenossen nur insoweit verändert, als der Anteil des Verstorbenen den übrigen Hausgenossen anwächst. Der Tod des Hausherrn hat zur Folge, daß der älteste Sohn die Hausgewalt übernimmt. Neben dem Odal besteht noch die Allmende. Darunter werden die von allen Dorfgenossen gemeinschaftlich genutzten Grundstücke wie Forsten, Wege, Weiden und anderes verstanden. Die Allmende ist Eigentum der Dorfgenossenschaft geblieben. Dieses Rechtsgebilde hat sich zum Teil bis heute in der Form der Realgemeinden erhalten.²⁾

In der fränkischen Zeit werden die zum persönlichen Gebrauch bestimmten Gegenstände aus dem gesamthänderischen Eigentumsverband der Hausgemeinschaft gelöst und in das private Eigentum der einzelnen Hausgenossen überführt. An diesen Sachen, die ursprünglich dem Toten mit in das Grab gegeben wurden, entwickelt sich allmählich ein echtes Erbrecht. So fällt das Heergewäte – die Kriegsausrüstung, die Waffen, das Streitroß und die Kleider des Mannes – an die Söhne oder an die nächsten Schwertmagen³⁾; die Gerade – die Kleider und der Schmuck der Frau, aber auch Wäsche und Haustierte – geht von dem Nachlaß des Mannes auf die überlebende Frau über (Witwen gerade). Die Frau selbst wird aber nur von den nächsten weiblichen Ver-

1) Conrad S. 3

2) Vgl. dazu Conrad S. 59; Molitor S. 25, Planitz S. 217.

3) Die nächsten männlichen Verwandten, die zugleich durch Männer verwandt sind, bezeichnet man als Schwertmagen, die nächsten weiblichen Verwandten und auch die männlichen, falls sich ihre Verwandtschaft aus der Frauenlinie ergibt, als Spill- oder Kunkelmagen.

wandten, den Nifteln, beerbt (Niftelgerade).¹⁾ In dieser Zeit vollzieht sich die Trennung zwischen den Liegenschaften und der Fahrhabe. An den unbeweglichen Sachen sind die Frauen zunächst nicht erbberechtigt. Sie sind lediglich an der Fahrhabe beteiligt.²⁾ Davon läßt erst ein Gesetz König Chilperichs (561–584) eine Ausnahme zu. Danach erhalten auch die Töchter und Schwestern des Erblassers am Grund und Boden Erbrechte. Jedoch erbt der Sohn vor der Tochter und der Bruder vor der Schwester.³⁾

Das Mittelalter behält vorerst die getrennte Erbfolge in Liegenschaften und Fahrnis, in Heergewäte und Gerade bei.⁴⁾ Aber an dem Wittum und der Morgengabe der Frau entsteht ein Sondererbrecht mit dem Ziel, das Gut dort hin zurückfallen zu lassen, woher es gekommen ist. Das Liegenschaftsrecht erfährt ebenfalls Änderungen. Es wird in verschiedene Vermögensmassen aufgespalten, die im Erbgang jeweils besonders behandelt werden. So unterscheiden sich Stamm- und Bauerngüter, Lehen- und Familienfideikommisse sowie Kauf- und Erbgüter.⁵⁾

Besondere Bedeutung gewinnt das Lehnwesens. Das Königstum errichtet an den ihm kraft der Banngewalt zugefallenen herrenlosen Gütern und an den eroberten Gebietsteilen eine grundherrliche Pachtwirtschaft. Der Grundherr bewirtschaftet nur einen geringen Teil seines Landes selbst, das sog. Herren- oder Salland. Den übrigen Grundbesitz überläßt er gegen Abgaben und Dienste (Herrendienste oder Fronen) freien und unfreien Bauern, denen die Pflicht zur ordnungsmäßigen Bestellung obliegt. Diese Grundleihe wird auf Lebenszeit des Bewirtschafters, aber auch als vererbliches Recht ausgegeben. Die Vererblichkeit ist häufig von der Entrichtung einer Abgabe an den Grundherrn abhängig, sog. Sterbefallabgabe.⁶⁾ Lehnsmachfolger sind im allgemeinen die Abkömmlinge des Lehnbauern.⁷⁾

Das Lehen ist unteilbar und geht entweder geschlossen auf sämtliche Söhne oder auf denjenigen allein über, der zur Nachfolge berufen ist. Die übrigen werden abgefunden.⁸⁾

Eine ähnliche Rechtslage kann für die Bauerngüter festgestellt werden. Diese sind entweder im Eigentum freier Bauern geblieben, oder aber der frei gewordene Bauer erhält das Gut von dem Grundherrn zu Eigentum. Bei diesen sog. Meierngütern, die insbesondere in Nordwestdeutschland verbreitet sind, findet sich ebenfalls die geschlossene Vererbung auf nur einen Erben, die Anerbensitte.⁹⁾

Auch der hohe Adel hat die Gefahren erkannt, die seiner sozialen und politischen Machtstellung drohten, wenn die in seinem Familienbesitz befindlichen Güter geteilt würden. Er unterstellt daher kraft der ihm verbliebenen Autonomie seine Haus- oder Stammgüter besonderen Erbfolgegrundsätzen, und zwar vor allem in Sachsen, Friesland und Skandinavien. Auf diese Weise entstehen das sächsische Hantgemal und das nordische Odalgut.¹⁰⁾ Das Stammgut wird in der Regel im Sinne der Primogeniturordnung ungeteilt übertragen. An die jüngeren Geschwister sind Abfindungen zu entrichten.¹¹⁾

1) Vgl. Stobbe S. 135 f.

2) So lex Salica tit. 59; Heusler S. 555

3) Molitor S. 28; Stoll-Baur S. 10

4) vgl. zum letzten Sachsenspiegel, Landrecht I 27 §§ 1, 2; Conrad S. 552

5) Conrad S. 552; Planitz S. 217, 225 f.

6) Molitor S. 28; Stoll-Baur S. 10

7) Knubel S. 22

8) Vgl. Stobbe S. 333: Es trat eine spezielle Universalsukzession ein.

9) Hübner S. 738 f.; Knubel S. 23

10) Hübner S. 304

11) Hübner S. 304; Planitz S. 68

Mit Hilfe der Familienfideikomisse versucht der niedere Adel gleichfalls, die geschlossene Vererbung seines Grundbesitzes in bestimmten Erbfolgeordnungen zu erreichen. Da ihm aber weder gesetzgeberische Kompetenzen noch Satzungsgewalt zustehen, kann er die erbrechtliche Sonderstellung nur in rechtsgeschäftlicher Form bewirken. Er errichtet daher entweder durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen Stammgutstiftungen. Derartige Stiftungen sind bereits im 11. Jahrhundert festgestellt. In späterer Zeit, besonders aber nach dem dreißigjährigen Kriege, sind die Familienfideikomisse nicht nur auf den niederen Adel beschränkt. Auch reiche Grundbesitzer bedienen sich solcher Stiftungen, um ihre Landgüter ihrer Familie zu erhalten.¹⁾ Dadurch wird eine spezielle Universalsukzession geschaffen, die von der Erbfolge in den allodialen Nachlaß unabhängig ist.²⁾

Die Unterscheidung zwischen Kauf- und Erbgütern taucht vornehmlich in den Stadtrechten auf.³⁾ Überhaupt kommt im späteren Mittelalter von den Städten her der Anstoß zu einer Neugestaltung des Erbrechts. Der Nachlaß wird nicht mehr in mehrere Sondervermögen geschieden, sondern einheitlich vererbt. Heergewäte und Gerade, Wittum und Morgengabe unterliegen nicht mehr besonderen Erbvorschriften. Allmählich setzt sich auch der bis dahin unbekannte Gedanke der Testierfreiheit des Erblassers durch.⁴⁾

Damit müssen notgedrungen die bisher geltenden Regeln über die Haftung von Nachlaßverbindlichkeiten weichen. Nachlaßschulden waren, soweit sie überhaupt als vererblich angesehen wurden und nicht mit dem Tode des Schuldners und Erblassers untergingen (so z. B. Forderungen aus Bürgschaft, Schenkung und Spiel), nur aus der Fahrhabe⁵⁾ und nur von dem Erben zu berichtigen, dem der Nachlaßgegenstand, auf dem die Schulden lasteten oder mit dem sie zusammenhingen, zugefallen war.⁶⁾

Diese Veränderungen im Erbrechtssystem, deren Anfänge bereits vor dem 13. Jahrhundert liegen, dürften durch die Rezeption des römischen Rechts, das zu dieser Zeit immer mehr an Boden gewann, beeinflußt worden sein. Dem römischen Recht war ein Anerbenrecht unbekannt.⁷⁾ Zu einer derartigen Gesetzgebung bestand mit Rücksicht auf das Latifundienwesen kein Bedürfnis. Im übrigen hätte sie sich auch in Widerspruch zu der individualistischen Grundtendenz des romanistischen Erbrechtssystems gesetzt. Dennoch vermochte der Einfluß des römischen Rechts die Anerbengesetzgebung und die Anerbensitte nicht völlig zurückzudrängen.

Was dem römischen Recht nicht gelang, erreichte das Ideengut der französischen Revolution. Alle Anerbengesetze bevorzugten den Anerben zumindest in der Weise, daß ihm der Hof allein zufiel. Darin lag nach der damaligen Anschauung ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Das bäuerliche Sondererbrecht wurde daher beseitigt und dem allgemeinen, vom römischen Recht durchdrungenen Erbrecht unterstellt. In der praktischen Auswirkung änderte sich jedoch kaum etwas. Die Anerbensitte war in der ländlichen Bevölkerung so verwurzelt, daß der alternde Bauer nunmehr seinen Hof im Wege des Gutsüberlassungsvertrages gegen Altenteilsleistungen für sich und seine Witwe sowie gegen Zahlung einer Abfindung an die weichenden Erben

1) Hübner S. 306 ff.; Planitz S. 69; Stobbe S. 363 f.

2) Stobbe S. 365

3) Hübner S. 677

4) Conrad S. 533; Planitz S. 218

5) Die Haftung mit den Liegenschaften mußte folgerichtig deswegen verneint werden, weil die Söhne daran entweder gesamthänderisch beteiligt waren oder ihnen aber Warte- und Beispruchsrechte zustanden. Vgl. Hübner S. 685; Planitz S. 238

6) Hübner S. 684 f.; Heusler S. 599; Mitteis-Lieberich S. 144

7) Vgl. Protokolle V S. 860

auf einen seiner Söhne übertrug und damit den althergebrachten Gewohnheiten und Gesetzen weiter Geltung verschaffte.¹⁾ Daran konnte auch der Gesetzgeber nicht vorübergehen. So erklärte sich, daß bereits Mitte des 19. Jahrhunderts neue Anerbengesetze entstanden, nicht zuletzt aber auch deswegen, weil die Gefahren, die mit dem Fehlen einer Anerbengesetzgebung verbunden sind, erkannt wurden.

2. Die Entwicklung bis zum REG

Zunächst erließ Bayern das Gesetz vom 22. 2. 1855, die landwirtschaftlichen Erbgüter betreffend (GBI. S. 49).²⁾ Ihm folgte in Hessen-Darmstadt ein Gesetz mit derselben Zweckbestimmung und demselben Titel vom 11. 9. 1858 (GBI. S. 537).³⁾ Beiden Gesetzen war jedoch kein Erfolg beschieden. Dies ist darauf zurückzuführen, daß die Anerbenfolge von einem sehr umständlichen, den Familienfideikommissen entlehnten Stiftungsakt abhängig gemacht wurde.⁴⁾ In diesem Zusammenhang ist auch das Braunschweigische Gesetz über die Vererbung der Ritter-, Schrift-, Freisassen- und sonstigen Landgüter vom 20. 5. 1858 (GVOSamml. S. 103)⁵⁾ zu nennen.⁶⁾

Wesentlich größere Bedeutung kommt der Anerbengesetzgebung seit den Jahren 1870 zu. Hier muß vor allem das Höfegesetz für die Provinz Hannover vom 2. 6. 1874 erwähnt werden. Dieses Gesetz wurde das Vorbild für die am 30. 4. 1882 erlassenen LandgüterO der Provinz Westfalen, die ihrerseits die Neufassung des Höfegesetzes für die Provinz Hannover beeinflusste. Die Anerbengesetzgebung der übrigen deutschen Länder baute im wesentlichen auf diesen beiden Gesetzen auf.

Das Höfegesetz für die Provinz Hannover erhielt seine endgültige Fassung am 9. 8. 1909 (Pr. GS. S. 663)⁷⁾, das erwähnte Gesetz, betreffend das Anerbenrecht bei Landgütern in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen (Land), Essen (Stadt), Duisburg-Ruhrort und Mülheim a. d. Ruhr am 2. 7. 1898 (Pr. GS. S. 139)⁸⁾. Diesen Gesetzen folgten zahlreiche Anerbengesetze anderer

1) Knubel S. 29 f.

2) Geändert durch das AusführungsG zum BGB Art. 152 vom 9. 6. 1899 (GBI. Beilage zum Landtagsabschied S. 1). Art. 11 dieses Gesetzes lautet: „Erbgüter können unter Einhaltung der in Art. 9 festgesetzten Klassenfolge immer nur an einen der vorhandenen Anerben gelangen“.

3) Art. 20 lautet: „Erbgüter können stets nur unter Einhaltung der in dem Art. 21 festgesetzten Ordnung an einen gelangen, insofern nicht die Voraussetzungen der Theilung eines Erbgutes vorhanden sind“.

4) Molitor S. 42

5) Abgelöst durch das Braunschweigische Gesetz, den bauerlichen Grundbesitz betreffend, vom 28. 3. 1874 (GVOSamml. S. 43), abgeändert und ergänzt durch Gesetze vom 29. 11. 1888 (aaO. S. 373), vom 12. 6. 1899 (aaO. S. 331) und vom 22. 3. 1919 (aaO. S. 81)

6) § 3 dieses Gesetzes lautet: „Von mehreren zur Intestaterbfolge berufenen kann nur einer zum Naturalbesitz des Gutes und Wirtschaftsinventars gelangen (Anerbe), die übrigen erhalten Abfindungen . . .“

7) § 8 Abs. 1: „Wird der Eigentümer eines Hofes von mehreren Personen beerbt, so ist für seine Beerbung das allgemeine Recht nur insoweit maßgebend, als nicht in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist“.

§ 9: „Der Hof nebst Zubehör fällt als Teil der Erbschaft einem Erben (dem Anerben) zu. An seine Stelle tritt im Verhältnis der Miterben untereinander der Hofeswert“.

8) § 13: „Wenn zu einem Nachlasse ein Anerbengut gehört und der Erblasser von mehreren Personen beerbt wird, so fällt ohne Rücksicht auf den letzten Wohnsitz des Erblassers in Ermangelung einer entgegenstehenden Verfügung von Todes wegen das Anerbengut als Theil der Erbschaft kraft Gesetzes einem Erben (dem Anerben) allein zu. Das Anerbenrecht gilt, unbeschadet der Bestimmung des § 20, nur für Abkömmlinge und die Geschwister des Erblassers sowie deren Abkömmlinge. Es tritt nur ein, wenn der Anerbe zugleich Erbe des Erblassers ist. Zum Nachlaß gehört im Sinne des Absatzes 1 das Anerbengut nicht, wenn und insoweit eine Nachlaßverbindlichkeit zur Veräußerung besteht.“

Länder.¹⁾ Insoweit sind zu nennen das Gesetz über das Höferecht in dem Herzogtum Lauenburg vom 21. 2. 1881 (Pr. GS. S. 19)²⁾, die LandgüterO für die Provinz Brandenburg vom 10. 7. 1883 (Pr. GS. S. 111)³⁾, die LandgüterO für die Provinz Schlesien vom 24. 4. 1884 (Pr. GS. S. 121)⁴⁾, die LandgüterO für die Provinz Schleswig-Holstein vom 24. 4. 1886 (Pr. GS. S. 117)⁵⁾, die LandgüterO für den Regierungsbezirk Kassel vom 1. 7. 1887 (GS. S. 315)⁶⁾, das Badische Gesetz, die geschlossenen Hofgüter betreffend vom 20. 8. 1898 (GBl. S. 405)⁷⁾, die Verordnung zur Ausführung des BGB in Mecklenburg-Schwerin vom 9. 4. 1899 (Reg.-Bl. S. 152)⁸⁾, das Oldenburgische Gesetz, betreffend das Grund- erbrecht vom 19. 4. 1899 (GBl. S. 39), geändert durch Gesetz vom 25. 5. 1921

1) Vgl. auch die Aufzählung in § 56 Pr. ErbhG

2) § 12: „Wird der Eigentümer eines Hofes von mehreren Personen beerbt, so fällt der Hof nebst Zubehör als Theil der Erbschaft kraft Gesetzes einem Erben (dem Anerben) allein zu. Das Anerbenrecht gilt nur für Nachkommen des Erblassers.

Es tritt nur ein, wenn der Anerbe zugleich Erbe des Erblassers ist.

Mit dem Erwerbe der Erbschaft erwirbt der Anerbe das Eigentum des Hofes nebst Zubehör.“

3) § 10: „Wird der Eigentümer eines Landgutes von mehreren Personen beerbt, so ist in Ermangelung einer entgegenstehenden letztwilligen Verfügung – unbeschadet der Bestimmung des § 17 – ein miterbender Nachkomme, der Anerbe, berechtigt, bei der Ertheilung das Landgut nebst Zubehör für eine nach Maßgabe des § 13 festzustellende Taxe zu übernehmen.

Dasselbe gilt, wenn der überlebende Ehegatte Eigentümer eines Landgutes ist und dasselbe in Ausübung seines statuarischen Erbrechts zur Erbmasse einwirft. Der überlebende Ehegatte ist jedoch berechtigt, an Stelle des Landgutes den nach Maßgabe des § 13 zu ermittelnden Wert desselben einzuwerfen.“

4) § 10: „Wird der Eigentümer eines Landgutes von mehreren Personen beerbt, so ist in Ermangelung einer entgegenstehenden letztwilligen Verfügung einer der Erben, der Anerbe, berechtigt, bei der Ertheilung das Landgut nebst Zubehör für den nach § 14 festzustellenden Preis zu übernehmen.

Diese Berechtigung steht nur den Nachkommen des Erblassers, den Geschwistern des Erblassers und deren Nachkommen zu.

Die nach den §§ 570 ff. Titel II des Allgemeinen Landrechts dem überlebenden Ehegatten zustehenden Befugnisse bleiben unberührt.“

5) § 10: „Wird der Eigentümer eines Landgutes ohne Hinterlassung eines Ehegatten von mehreren Nachkommen beerbt, so ist in Ermangelung einer entgegenstehenden letztwilligen Verfügung einer derselben, der Anerbe, berechtigt, bei der Ertheilung das Landgut nebst Zubehör nach Maßgabe der §§ 11–16 zu übernehmen.“

6) § 12: „Wird der Eigentümer eines Landgutes von mehreren Nachkommen beerbt, so ist in Ermangelung einer entgegenstehenden letztwilligen Verfügung einer von diesen berechtigt, bei der Ertheilung das Landgut nebst Zubehör nach Maßgabe der §§ 13 bis 26 zu übernehmen. Dasselbe gilt, wenn bei der Ertheilung neben den Nachkommen der überlebende Ehegatte beteiligt ist. Die Abfindung der Miterben (§ 20) tritt, auch Dritten gegenüber, an die Stelle des Anteils an der Erbengemeinschaft.“

§ 14: „In Ermangelung einer Vereinbarung der Beteiligten über die Person des Gutsübernehmers und über die Bedingungen der Gutsübernahme hat das nach § 2 zuständige Bauerngericht auf Antrag der Beteiligten oder eines von ihnen die sämtlichen Beteiligten zu einem Einigungsversuch zu laden und bei diesem möglichst auf die Erhaltung der Einheit und Leistungsfähigkeit hinzuwirken.“

§ 15: „Wird bei diesem Versuch keine Einigung erzielt, so bestimmt ein Familienrat . . . die Person des Gutsübernehmers und die Bedingungen der Übernahme“.

7) § 10: „Der Anerbe ist berechtigt, das Hofgut nebst Zubehör zum Ertragswert zu übernehmen. Für die Berechnung des Pflichtteils ist der Ertragswert des Hofgutes maßgebend.

Die Erbteile des kraft Gesetzes berufenen Erben werden auf ein Viertel, die Pflichtteile auf die Hälfte ermäßigt, soweit dies erforderlich ist, damit der Anerbe ein Fünftel des Ertragswertes des Hofgutes frei von Lasten erhalten kann.“

8) § 353: „Bei dem Tode des Besitzers bildet das Anerbengut mit den zu dem Grundstück gehörenden Gegenständen (Gutsvermögen) in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge und der Ertheilung einen abgesonderten Teil der Erbschaft“.

§ 361 Abs. 1: „Das Gutsvermögen geht bei dem Vorhandensein mehrerer Erben auf einen der Erben (Anerben) über“.

§ 380: „Der Anerbe, welcher nicht zugleich Erbe der übrigen Erbschaft geworden ist, haftet für die Gutschulden nur mit dem Gutsvermögen . . .

Mit dem Gutsvermögen haftet er auch aushilflich für die Nachlassverbindlichkeiten, welche dem zu der übrigen Erbschaft berufenen Erben zur Last fallen.“

(GBl. S. 162)¹⁾ und das entsprechende Gesetz für den Landesteil Fürstentum Lüneburg vom 14. 6. 1899 (GBl. S. 219), das Gesetz, betreffend das Höferecht in Bremen vom 18. 7. 1899 (GBl. S. 327) in der Fassung vom 29. 6. 1923 (GBl. S. 407)²⁾, das Gesetz, betreffend die geschlossenen Bauernhöfe und das Anerbenrecht für das Land Schaumburg-Lippe vom 24. 3. 1909 (LandesVO S. 371)³⁾, das Gesetz über das Anerbenrecht im Fürstentum Waldeck-Pyrmont vom 27. 12. 1909 (Reg.-Bl. 1910 S. 1)⁴⁾, das Gesetz, betreffend das Höferecht im Kreise Grafschaft Schaumburg vom 9. 7. 1910 (Pr. GS. S. 113)⁵⁾, das Gesetz über das Anerbenrecht in Mecklenburg-Strelitz vom 20. 4. 1922 (Amtl. Anz. S. 201), geändert durch die Gesetze vom 1. 5. 1925 (Amtl. Anz. S. 127) und vom 8. 4. 1926 (Amtl. Anz. S. 223)⁶⁾, das Gesetz über die Anerbengüter in Lippe vom 26. 3. 1924 (GS. S. 557)⁷⁾ ⁸⁾ und das Gesetz über das Anerbenrecht in Württemberg vom 14. 2. 1930 (Reg.-Bl. S. 5)⁹⁾.

In diesen Zusammenhang gehören auch das Gesetz, betreffend das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedlungsgütern vom 8. 6. 1896 (Pr. GS. S. 124)¹⁰⁾ ¹¹⁾. Rentengüter wurden seit dem Jahre 1890 durch den Staat oder mit dessen Unterstützung vor allem in den Ostprovinzen gegründet.

- 1) § 8 Abs. 1: „An den Grunderbstellen findet, falls für sie die gesetzliche Erbfolge eintritt, ein bevorzugtes Erbrecht eines Miterben nach Maßgabe der nachstehenden Vorschriften – das Grunderbrecht – statt . . .“
- § 12: „Das Grunderbrecht besteht darin, daß der Grunderbe
 - a) das Alleineigentum der Grunderbstelle in seinem Erbteile erwirbt . . . gegen die Verpflichtung, den Wert derselben zur Erbmasse einzuschließen . . .
 - b) aus der Erbteilung als Voraus
 1. . . (näher aufgeführte Landesteile. – Anm. des Verfassers) fünfzehn Prozent
 2. in den übrigen Landesteilen vierzig Prozent des schuldenfreien Wertes der Grunderbstelle erhält.“
- § 15: „Der Grunderbe ist berechtigt, den Beschlag der Stelle gegen den abzuschätzenden Verkaufswert zu übernehmen“.
- 2) § 9: „Gehört ein Hof zu seinem Nachlaß und wird der Erblasser von mehreren Personen beerbt, so fällt der Hof nebst Zubehör als Teil der Erbschaft nur einem Erben (dem Anerben) zu. Das Anerbenrecht gilt unbeschadet der Vorschriften der §§ 18 bis 20 nur für Abkömmlinge des Erblassers, es besteht auch dem überlebenden Ehegatten gegenüber. Das Anerbenrecht tritt nur ein, wenn der Anerbe zugleich Erbe des Erblassers wird. Der Anerbe erwirbt das Eigentum des Hofes nebst Zubehör mit der Annahme der Erbschaft. Es steht ihm aber frei, ohne die Erbschaft auszuschlagen, auf das Anerbenrecht zu verzichten . . .“
- 3) § 25: „Wenn zu einem Nachlaß ein Bauernhof gehört, und der Erblasser von mehreren Personen beerbt wird, so fällt in Ermangelung einer entgegenstehenden Verfügung von Todes wegen der Bauernhof nebst Zubehör (§ 32) als Teil der Erbschaft kraft Gesetzes nur einem Erben – dem Anerben – zu. Das Anerbenrecht tritt nur dann ein, wenn der Anerbe zugleich Erbe des Erblassers ist . . .“
- 4) § 17: „Wird der Eigentümer von mehreren Personen beerbt, so fällt das Anerbengut nebst Zubehör als Teil der Erbschaft kraft Gesetzes einem der Erben (dem Anerben) zu. An seine Stelle tritt im Verhältnis der Miterben untereinander der Anrechnungswert.“
- 5) § 15: „Der Hof nebst Zubehör fällt als Teil der Erbschaft kraft Gesetzes einem Erben (dem Anerben) zu. An seine Stelle tritt im Verhältnis der Miterben untereinander der Hofeswert.“
- 6) In den §§ 5–7 ist ähnlich dem AnerbenG von Mecklenburg-Schwerin die geschlossene Vererbung des Hofes geregelt.
- 7) Mit Änderungen vom 12. 10. 1925 (GS. S. 189) und vom 8. 4. 1926 (GS. S. 316) sowie vom 15. 3. 1930 (GS. S. 127)
- 8) Die geschlossene Vererbung des Hofes ist im § 6 ähnlich dem HöfeG von Hannover geregelt.
- 9) Art. 3: „Hinterläßt der Eigentümer eines Anerbengutes mehrere Erben, so fällt das Anerbengut mit Zubehör als Teil der Erbschaft einem der Erben (dem Anerben) zu. Im Verhältnis der Miterben untereinander tritt an die Stelle des Gutes nebst Zubehör der Gutswert.“
- 10) Geändert durch das Rentenbankgesetz vom 29. 12. 1927 (Pr. GS. S. 283) und durch das Gesetz vom 31. 7. 1931 (Pr. GS. S. 148)
- 11) § 10 lautet: „Wenn zu einem Nachlasse ein Anerbengut gehört und der Erblasser von mehreren Personen beerbt wird, so fällt ohne Rücksicht auf den letzten Wohnsitz des Erblassers in Ermangelung einer entgegenstehenden Verfügung von Todes wegen das Anerbengut nebst Zubehör als Theil der Erbschaft kraft des Gesetzes einem Erben (dem Anerben) allein zu. Das Anerbenrecht gilt . . . nur für die Nachkommen und die Geschwister des Erblassers sowie deren Nachkommen. Es tritt nur ein, wenn der Anerbe zugleich Erbe des Erblassers ist.“

Eine besondere Erbfolge war auf Grund der VO über die Zwangsauflösung der Familiengüter und Hausvermögen vom 19. 11. 1920 (Pr. GS. S. 463)¹⁾ mit zahlreichen Änderungen und Ergänzungen, zuletzt durch Gesetz vom 22. 4. 1930 (Pr. GS. S. 125), auch bei Waldgütern angeordnet, die von der Auflösung der Familienfideikommissgüter ergriffen, aber nach ihrer Beschaffenheit und nach ihrem Umfang zu nachhaltiger forstmäßiger Bewirtschaftung geeignet waren und die aus Gründen des öffentlichen Interesses bei der Auflösung der Familiengüter in einem besonderen Verfahren zu einem Waldgut zusammengeschlossen und dadurch als Wirtschaftseinheit erhalten waren.

Von den angeführten Anerbengesetzen besaßen die von Hannover (§§ 8, 9), Westfalen (§ 13), Lauenburg (§ 12), Grafschaft Schaumburg (§ 15), Schaumburg-Lippe (§ 25), Lippe (§ 6), Mecklenburg-Schwerin (§ 361), Mecklenburg-Strelitz (§§ 5 ff.), Oldenburg (§ 12) mit Ausnahme des Inventars (§ 15), Bremen (§ 9), Waldeck-Pyrmont (§ 17), Württemberg (Art. 3) sowie das Renten- und AnsiedlungsG (§ 14) und die ZwangsauflösungsVO (§ 13) eine dem § 4 HöfO entsprechende Regelung.

Diesen Gesetzen folgten das Pr. Erbhofgesetz vom 15. 3. 1933 (Pr. GS. S. 165) und das Reichserbhofgesetz (REG) vom 29. 9. 1933 (RGBl. I S. 685), das am 1. 5. 1935 im Saarland (VO vom 16. 4. 1935, RGBl. I S. 554), in Danzig auf Grund der VO vom 15. 5. 1935 (Nr. 46 des Danziger GBl.) und in Österreich mit Wirkung vom 1. 8. 1938 gemäß der VO vom 27. 7. 1938 (RGBl. I S. 935) in Kraft getreten ist. Während das Pr. Erbhofrecht sich noch einigermaßen an die Grundsätze des bisherigen Anerbenrechts hielt²⁾ und die geschlossene Vererbung des Hofes beibehielt³⁾, immerhin aber die weichenden Erben statt der Abfindungsansprüche auf Versorgungsrechte verwies, stellte das REG den großangelegten Versuch dar, auf dem Boden des alten Anerbenrechts ein neues, revolutionarisches bäuerliches Erbrecht zu schaffen, dessen Ziel es sein sollte, einen gesunden und schuldenfreien Bauernstand zu gewährleisten, wobei das Gesetz durch die „Blut- und Bodentheorie“ des Nationalsozialismus sein Gepräge erhielt⁴⁾. Durch das REG wurde die Testierfähigkeit des Erblassers praktisch beseitigt (§ 24 REG). Der Hof wurde, da eine Verfügung über ihn von einer Genehmigungspflicht abhängig war, zu einem unveräußerlichen und unbelastbaren Gut gemacht, das dem Zugriff der Gläubiger entzogen war (§§ 37, 38 REG). § 19 REG ordnete wie jetzt § 4 HöfO an, daß der Erbhof kraft Gesetzes ungeteilt auf den Anerben übergeht und daß beim Tode des Bauern der Erbhof hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge und der Erbteilung einen besonderen Teil der Erbschaft bildet.⁵⁾ die gravierendste Neuerung des im gesamten Reiche geltenden REG war aber der Eingriff in die Rechte der weichenden Erben, ein Eingriff, der bereits in ähnlicher Weise in dem wegen seiner kurzen Geltungsdauer unbedeutenden Pr. Erbhofrecht Gesetz geworden war. An die Stelle der den weichenden Erben zugebilligten erbrechtlichen Abfindungsansprüchen traten die in den §§ 30, 31 REG geregelten Rechte auf

1) § 13 Abs. 1: „Nach Auflösung der Familienfideikommiss fällt das Waldgut, wenn der Eigentümer von mehreren Personen beerbt wird, als Theil der Erbschaft kraft Gesetzes einem Erben als Gutserben (Anerben) zu. An die Stelle des Waldgutes tritt im Verhältnis der Miterben untereinander der Gutswert . . .“

2) Einem allzu großen Vorstoß war durch Art. 64 EGBGB eine Schranke gesetzt.

3) § 7: „Gehört zu einem Nachlaß ein Erbhof und sind mehrere Erben vorhanden, so fällt der Erbhof nebst Zubehör kraft Gesetzes als Teil der Erbschaft einem der Erben, dem Anerben, zu. Die Miterben erhalten hierfür einen Anspruch auf Versorgung nach näherer Maßgabe der §§ 17 ff.“

4) Freisler, einer der Mitverfasser des Pr. Erbhofrechts: „Das Erbhofrecht ist eckig und kantig, unangenehm und ermahnend, starr auf seinem Wesen beharrend, streitbar, vertrauend.“ Vgl. Stoll S. 40

5) § 19: „Beim Tode des Bauern bildet der Erbhof hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge und der Erbteilung einen besonderen Teil der Erbschaft. Der Erbhof geht kraft Gesetzes ungeteilt auf den Anerben über.“

Unterhalt und Erziehung der Minderjährigen, auf Berufsausbildung, Ausstattung und Heimatzuflucht auch der volljährigen Abkömmlinge und auf lebenslänglichen Altenteil des überlebenden Ehegatten, sofern er auf seine sonstigen Ansprüche gegen den Nachlaß verzichtete. In bürgerlichen Kreisen stieß insbesondere die Zurücksetzung der weichenden Erben auf Kritik¹⁾. Der Versuch, dem Bauern ein neues Erbrecht zu geben, muß als fehlgeschlagen angesehen werden, wie die zahlreichen, zum REG ergangenen Änderungs- und Ergänzungsnovellen beweisen.

3. Das heutige Anerbenrecht

Das KRG Nr. 45 hat das Reichserbhofrecht aufgehoben. Das Anerbenrecht ist heute in den einzelnen Bundesländern verschieden geregelt. Bayern, das Saarland und Berlin kennen keine Anerbengesetze. Das gleiche gilt im übrigen auch für die sowjetische Besatzungszone. In Bremen ist das frühere Gesetz vom 18. 7. 1899, geändert am 29. 6. 1923, in der Neufassung vom 17. 7. 1948 (GBl. S. 119) und in Hessen die alte LandgüterO für den Regierungsbezirk Kassel vom 1. 7. 1887 in der Fassung vom 1. 12. 1947 (GVBl. 1948 S. 12) wieder in Kraft getreten. Rheinland-Pfalz hat sich mit der HöfeO vom 7. 10. 1953 (GVBl. S. 101) ein neues Anerbengesetz gegeben.²⁾ Im Bereich des Landes Baden-Württemberg besteht eine unterschiedliche Regelung. In den Landesteilen Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern ist das alte Württembergische Anerbengesetz vom 14. 2. 1930 in der Neufassung vom 30. 7. 1948 (Reg.-Bl. S. 165) und vom 8. 8. 1950 (Reg.-Bl. S. 279) in Kraft. In Südbaden ist dagegen das frühere Badische Gesetz, die geschlossenen Hofgüter betreffend, vom 20. 8. 1898 durch Gesetz vom 12. 7. 1949 (GVBl. S. 288) wieder eingeführt worden. Wie die in den Ländern Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Hamburg geltenden HöfeO haben die Anerbengesetze von Bremen, Rheinland-Pfalz, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern die ungeteilte Vererbung des Hofes auf nur einen Erben angeordnet.³⁾

Die Bundesregierung hat für den Geltungsbereich der HöfeO einen Entwurf zur Neuregelung des Höferechts vom 8. 12. 1958 vorgelegt, der bisher jedoch weder dem Kabinett noch den Gesetzgebungsorganen zugeleitet worden ist. Der Entwurf behält im § 9 die geschlossene Vererbung des Hofes auf nur einen Erben bei. Nach § 17 Abs. 2 des Entwurfs fällt jedoch der Hof den Eltern des Hofeigentümers als Miteigentum zu, falls er von keinem Elternteil stammt. Es entsteht alsdann ein Ehegattenhof, der beiden Elternteilen zu gleichen Teilen gehört.

4. Das Anerbenrecht im Ausland

Bevor die Darstellung des bürgerlichen Erbrechts abgeschlossen wird, erscheint ein Blick auf das Anerbenrecht der anderen europäischen Staaten angebracht. In **Norwegen** hat sich wohl das älteste Anerbenrecht Europas bis in die Gegenwart erhalten.⁴⁾ Das allgemeine Erbgesetz vom 31. 7. 1854 gilt nicht für das Grundeigentum auf dem Lande. Insoweit greift das Gesetz betreffend das Odels- und Aasädesrecht vom 26. 6. 1821⁵⁾ ein. Im § 10 dieses Gesetzes ist das sog. Aasädesrecht geregelt. Danach hat der älteste Sohn oder der sonstige

1) Vgl. Bartholomeyczik AcP, 148, 258

2) § 14 lautet: „Der Hof fällt, sofern der Eigentümer durch Verfügung von Todes wegen nichts anderes bestimmt hat, als Teil der Erbschaft nur einem Erben zu. An die Stelle des Hofes tritt im Verhältnis der Miterben untereinander der Wert des Hofes (§ 21 Abs. 2).“

3) Vgl. die Anmerkung 2) auf Seite 10, die Voranmerkung und die Anmerkung 7) auf Seite 10.

4) Pikalo S. 388

5) Mit Änderungen durch Gesetze vom 28. 9. 1837, vom 9. 5. 1863, vom 4. 7. 1927 und vom 26. 6. 1929

nächste Abkömmling das Recht, den ungeteilten Besitz des vom Erblasser hinterlassenen Hofes gegen Zahlung einer Abfindung, die sich nach dem Wert des Anerbengutes berechnet, zu übernehmen. Dasselbe gilt für ein Odelsgut gemäß § 2 dieses Gesetzes. Unter Odelsgut wird eine Besitzung verstanden, die mindestens zwanzig Jahre hintereinander im Eigentum einer Person oder eines Geschlechts gestanden hat.¹⁾ Durch § 107 des Grundgesetzes von Norwegen wird das Odels- und Aasädesrecht ausdrücklich gewährleistet, wenn dort die Aufhebung dieses Anerbengesetzes untersagt ist.

Auch in **Dänemark** reicht die Anerbengesetzgebung bis in die früheste Zeit zurück. Für Adelsgüter, die im Jahre 1660 bestanden haben oder die vor dem Jahre 1849 durch den König genehmigt wurden, gilt ein Sondererbrecht. Für diese sog. saedegards sind bestimmte Teilungsverbote angeordnet, die jedoch teilweise zugunsten von Kindern des Erblassers durchbrochen werden dürfen.

Die übrigen landwirtschaftlichen Besitzungen unterstehen der ErbrechtsVO vom 21. 5. 1845, die dem Hofeigentümer das Recht verleiht, ein bestimmtes Kind testamentarisch als Hoferben einzusetzen. Gleichzeitig muß aber der Erblasser auch den Übernahmepreis und die Abfindungen der übrigen Erben festlegen.²⁾

In **Österreich** geht die erste gesetzliche Regelung des Anerbenrechts auf Maria Theresia zurück. Sie erließ ein Patent vom 11. 8. 1770 für Tirol und Vorarlberg, auf das sich das Patent Franz II. vom 9. 10. 1795 aufbaute. Anerben eines Bauerngutes ist danach der vom Erblasser oder vom „unbestrittenen Gewohnheitsrecht“ Bezeichnete. Liegt eine Verfügung des Erblassers nicht vor und ist ein Gewohnheitsrecht nicht festzustellen, so wird der erstgeborene Sohn Anerbe. Eine Naturalteilung ist immer ausgeschlossen. In Böhmen führte Maria Theresia durch Hofdekret vom 20. 12. 1770 ebenfalls das Anerbenrecht ein. Nach dem Erbfolge- und Curatelpatent Josef II. vom 3. 4. 1787³⁾ erließ Leopold II. eine allgemeine Intestatfolgeordnung vom 11. 5. 1786. In einzelnen Provinzen blieb jedoch die frühere Regelung in Kraft. Nach der Erbfolgeordnung Leopold II. fiel das Bauerngut, falls der Erblasser keine Bestimmung getroffen hatte und die Obrigkeit keine begründeten Bedenken erhob, dem ältesten Sohn und in zweiter Ordnung der älteren Tochter an. Die übrigen Erben erhielten sog. Fristgelder. § 761 ABGB hielt die Anerbengesetzgebung aufrecht. Durch Gesetz vom 27. 6. 1868 R. 79 wurde das bäuerliche Erbrecht jedoch beseitigt. Dennoch blieb die Anerbensitte in der bäuerlichen Bevölkerung verwurzelt. Dieser Umstand führte zur Verabschiedung des Bundesrahmengesetzes vom 1. 4. 1889 (GBI. Nr. 52). Nach § 4 dieses Gesetzes kann der Hof nebst Zubehör von einem Unternehmer nach einem Zuweisungsverfahren bei der Erbaueinandersetzung übernommen werden. Die zur Verwirklichung des Anerbenrechts erforderlichen Landesgesetze sind in Tirol mit dem Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse geschlossener Höfe vom 12. 6. 1900 (LGBl. Nr. 47), in Kärnten mit dem Gesetz, betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften vom 16. 9. 1903 (LGBl. Nr. 33) und in Böhmen mit Gesetz, betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Größe vom 7. 8. 1908 (LGBl. Nr. 68) erlassen worden. Die Landesgesetze von Tirol und Kärnten gelten heute noch, während das von Böhmen durch das allerdings inhaltsgleiche Bundesgesetz vom 11. 7. 1930 (BGBl. Nr. 335) abgelöst worden ist, das heute aber auch nicht mehr in Kraft ist. Gegenwärtig gilt in den Bundesländern Wien, Niederösterreich, Burgenland, Oberösterreich, Salzburg und Steiermark das Bundesanerbengesetz vom 21. 5. 1958 (BGBl. Nr. 106). Vorarlberg, in dem die Indu-

1) Wagemann, Sozialpolitik, Bd. 178 S. 234; Pikalo S. 385 ff.

2) Vgl. Pikalo S. 369 f.

3) Erweitert am 23. 8. 1787 und erläutert durch Hofdekret vom 16. 5. 1788

strialisierung weit fortgeschritten ist, ist das einzige Bundesland Österreichs, in dem es kein Anerbenrecht gibt.¹⁾ Die in den anderen Bundesländern geltenden Anerbengesetze enthalten jedoch nur Sondervorschriften für die Erbteilung.²⁾

In **Italien** besteht ein uneinheitlicher Rechtszustand. Im allgemeinen herrscht Realteilung (Art. 718, 726 Codice Civile). Jedoch sind nach dem Gesetz vom 3. 6. 1940, das auf Grund der Ermächtigungsvorschrift des Art. 722 Codice Civile ergangen ist, für Urbarmachungszonen gewisse Teilungsverbote angeordnet worden. Für Südtirol ist im Jahre 1929 das Tiroler Höfegesetz aufgehoben worden. Im Anschluß daran galt auch hier die Realteilung. Damit hat sich die landwirtschaftliche Bevölkerung jedoch nicht abfinden können. Nach einem gescheiterten Versuch erlangte das Landesgesetz vom 29. 3. 1954 Nr. 1 über die Regelung der geschlossenen Höfe in der Provinz Bozen in der Fassung des Gesetzes vom 29. 3. 1954 Nr. 2 Geltung.³⁾ Dieses Anerbenrecht entspricht dem Tiroler Höfegesetz. Es ändert somit ebenfalls das Erbrecht nicht ab, sondern kennt nur in seinem Art. 16 ein besonderes Zuweisungsverfahren bei der Erbauseinandersetzung.⁴⁾

Dem **französischen Recht** ist ein echtes Anerbenrecht unbekannt. Dem Gesetz über die Familiengüter vom 12. 7. 1909, geändert durch Gesetz vom 13. 2. 1937, das ein fideikommissähnliches Recht einführen wollte, war kein Erfolg beschieden. Frankreich ist das klassische Land der Realteilung geblieben (Art. 826, 815 Abs. 1 und 2 Code civil). Allerdings besteht seit 1943 die Möglichkeit, die Erbengemeinschaft eine Zeitlang (grundsätzlich 5 Jahre) ungeteilt fortbestehen zu lassen (Art. 815 Abs. 3, 822 Code civil), um die durch die Realteilung hervorgerufene Bodenzersplitterung zu unterbinden. Ferner kann dem überlebenden Ehegatten oder einem Erben auf einen entsprechenden Antrag hin ein landwirtschaftlicher Betrieb bei der Erbauseinandersetzung nach einer amtlichen Schätzung zugewiesen werden (Art. 832 Abs. 3 Code civil).⁵⁾

Spanien gewährleistet nach Art. 31 seines Grundgesetzes jedem Bürger den Zugang zu den Formen des Eigentums, die an die Person gebunden sind, so auch zu den Landgütern.⁶⁾ Jedoch besteht seit dem Gesetz vom 15. 7. 1952 ein Sondererbrecht für Familiengüter. Diese sind nach Art. 12 dieses Gesetzes im Erbfall unteilbar und dürfen nur einer natürlichen Person gehören.⁷⁾ Für das übrige Erbrecht gilt nach Art. 1061 des Código Civil an sich der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Erben. Dem Erblasser ist aber nach Art. 1056 Abs. 2 Código Civil das Recht eingeräumt worden, einem Kinde seinen landwirtschaftlichen Betrieb gegen die Verpflichtung zuzuweisen, den übrigen Kindern ihren Erbteil in Geld auszuzahlen.⁸⁾

Die **Schweiz** hat in Art. 620 ZGB ein Zuweisungsverfahren geregelt, mit dessen Hilfe das Landgut ungeteilt einem Erben, der dazu bereit und geeignet ist, bei der Erbauseinandersetzung übertragen werden kann.⁹⁾ Eine ähnliche Bestimmung befindet sich im Gesetz des Fürstentums **Liechtenstein** vom 6. 4. 1846.¹⁰⁾

Das Schweizerische Zuweisungsverfahren ist auch von der **Türkei** übernommen worden.¹¹⁾ **Schweden** kennt ebenfalls kein eigentliches Anerbenrecht. Jedoch

1) Vgl. zum ganzen Michler-Ulbrich S. 89 ff.; Pikalo S. 112 f.

2) §§ 3, 10 Bundesanerbengesetz; §§ 15, 18 Tirol; §§ 6, 7, 8 Kärnten; und früher §§ 6, 7, 8 Böhmen

3) Deutscher Text in Amtsbl. der Region Trentino – Tiroler Etschland 1. und 2. Teil S. 119, 345

4) Vgl. Pelka RdL 1955, 98; Pikalo S. 213 ff.

5) Beutner Gruchot 69, 211; Pikalo S. 282, 285

6) Bärman RdL 1955, 225

7) Pikalo S. 248

8) Hallstein S. 190; Pikalo S. 251

9) Vgl. dazu Merz S. 103 f.

10) Pikalo S. 178

11) Pikalo S. 22

enthält das Erbgesetz im Kap. 12 § 7 eine Vorschrift, die die Übernahme eines Landgutes oder eines anderen Grundbesitzes bei der Erbteilung erleichtern soll.¹⁾

Die **Niederlande** haben kein kodifiziertes Anerbenrecht, in einigen Gegenden besteht aber die Anerbensitte.²⁾ Auch **Belgien** ist ein landwirtschaftliches Sondererbrecht fremd. Der Art. 832 des französischen Code civile ist nicht übernommen worden.³⁾ Dasselbe gilt für das Großherzogtum **Luxemburg**.⁴⁾ Auch in **Finnland** und in **Griechenland** ist ein Anerbenrecht unbekannt.⁵⁾ Das gleiche gilt für **Portugal**. Allerdings sieht hier das Gesetz vom 27. 5. 1946 Nr. 2014 vor, Familienbetriebe zu schaffen, die die Ernährung einer mittleren Bauernfamilie sicherstellen können. Diese Höfe sollen unveräußerliche, unteilbare und unpfändbare Besitzungen darstellen.⁶⁾

Das heutige **englische Recht** kennt ebenfalls kein Hoferbenrecht. Bis zur Erb- und Grundrechtsreform von 1925 (Administration of Estates Act) ging der gesamte Grundbesitz eines Grundeigentümers geschlossen auf seinen ältesten Sohn als heir – at – law über (Inheritance Act von 1883).⁷⁾

Auch dem **nordamerikanischen Recht** fehlt ein Anerbenrecht. Das homestead-Recht, das in fast allen Einzelstaaten gilt, ist mit einem Anerbenrecht nicht zu vergleichen, wenn es auch beim Tode des Eigentümers den jüngeren Geschwistern bis zu deren Volljährigkeit und der Witwe Versorgungsrechte auf dem Hof gewährt.⁸⁾

In Staaten mit kommunistischer Gesellschaftsform kann es naturgemäß ein Hoferbenrecht nicht geben. Die früheren Einzelbetriebe sind in Kollektivwirtschaften, in Kolchosen, aufgegangen. Die Mitgliedschaft zu einer Kolchose ist unvererblich. Dennoch enthält das **bulgarische** Erbgesetz (Erlaß Nr. 58 im Staatsanzeiger Nr. 22 vom 29. 1. 1949) in Art. 69 Abs. 3 eine Erbteilungsvorschrift, der auch noch eine, wenn auch beschränkte Bedeutung zukommt, da in Bulgarien wie in den meisten Staaten des Ostblocks die Kollektivierung der Landwirtschaft noch nicht völlig abgeschlossen ist.⁹⁾ Dies gilt auch für Art. 152 ff. des Erbgesetzes für **Jugoslawien**. Nach diesen Vorschriften können einem haushaltsangehörigen Erben bei der Erbteilung einzelne Gegenstände belassen werden, wenn die übrigen dafür eine Entschädigung in Geld erhalten. Jedoch darf eine landwirtschaftliche Besitzung eine bestimmte Größe nicht überschreiten. Der Überschuß wird verstaatlicht (Art. 153).¹⁰⁾

1) Wagemann, Sozialpolitik, Bd. 178, 245; Beutner Gruchot 69, 211; Pikalo S. 417

2) Pikalo S. 344, 346

3) Pikalo S. 329 f.

4) Pikalo S. 317

5) Pikalo S. 23 und S. 22

6) Pikalo S. 22

7) Beutner Gruchot 69, 210; Pikalo S. 19 f.

8) Ferid-Firsching, Vereinigte Staaten v. Amerika, RN. 93; Beutner Gruchot 69, 211; Pikalo S. 23

9) Vgl. Pikalo S. 15; Ferid-Firsching S. 10

10) Vgl. Ferid-Firsching S. 44; Pikalo S. 18

Kapitel 2

Das Sondererbrecht in der HöfeO

A) Das Wesen der Hofnachfolge

Die geschichtliche Betrachtung des bürgerlichen Erbrechts hat gezeigt, daß die Anerbensitte und die Anerbengesetzgebung sich aus dem deutschen Recht entwickelt haben.¹⁾ Im römischen Recht fehlt demgegenüber ein entsprechendes Vorbild. Daher liegt die Annahme nahe, daß die im § 4 HöfeO bestimmte unmittelbare Vererbung des Hofes, gesondert von dem übrigen Nachlaß, auf nur einen Erben eine Erbfolge nach deutschrechtlichem Muster darstellt. Ein derartiger Schluß wäre aber keineswegs zwingend; denn dem Gesetzgeber stand es frei, den aus dem germanischen Recht entnommenen Gedanken der geschlossenen Vererbung des Hofes in das romanistische Erbrechtssystem zu übertragen. Dies könnte nicht einmal überraschen. Denn Vorläufer des § 4 HöfeO sind die im 19. Jahrhundert entstandenen Höfegesetze der Partikulargesetzgebung. Die Vorliebe der damaligen Juristen für das römische Recht wegen dessen Begriffsklarheit ist jedoch bekannt. Es ist daher zu untersuchen, ob sich die im § 4 HöfeO geregelte Hofnachfolge in das römische Erbrechtssystem einordnen läßt.

Der Wille des Gesetzgebers, der insoweit die ersten Anhaltspunkte geben könnte, kann nicht ermittelt werden. Weder über die Entstehungsgeschichte noch über die Begründung und Beratung der HöfeO bestehen amtliche Veröffentlichungen. Dasselbe gilt für das Pr. ErbHG und das REG. Die Materialien der früheren Anerbengesetze der Länder geben, soweit sie noch zugänglich sind, insoweit ebenfalls keinen Aufschluß. Die Untersuchungen müssen daher unabhängig davon angestellt werden.

I. Die Hofnachfolge als römisch-rechtliche Einzelzuwendung

Das römische Erbrecht war wie das BGB von dem Grundsatz der Gesamterbfolge beherrscht. Der Erbe rückte beim Tode des Erblassers in dessen Rechtsstellung ein. Der Nachlaß ging ungeteilt als Ganzes auf den oder die Erben über, wobei unter den Miterben aber keine Gesamthands-, sondern eine Bruchteilsgemeinschaft entstand. Einzelzuwendungen kannte das römische Recht nur in Form des Damnationslegats, des Vindikationslegats und des Präzeptions- oder Prälegats. In die nachfolgende Prüfung, ob die Hofnachfolge des § 4 HöfeO mit einem dieser Institute zu vergleichen ist, sollen auch das legatum sinendi modo und das fideicommissum als Abarten des Damnationslegats einbezogen werden.

Diese Prüfung ist nicht etwa deswegen entbehrlich, weil die Hofnachfolge auf Gesetz beruht, während die Einzelzuwendungen des römischen Rechts nur in einer letztwilligen Verfügung angeordnet werden konnten.²⁾ Die Vermögensvorteile, die das geltende Recht dem überlebenden Ehegatten und den Familienangehörigen über deren Erbberechtigung hinaus durch den Voraus (§ 1932 BGB) und den sog. Dreißigsten (§ 1969 BGB) gewährt, sind nach Vermächtnisrecht ausgerichtet. Es gibt also gesetzliche Vermächtnisse. Die Hofnachfolge kann daher ebenfalls als ein gesetzliches Vermächtnis an die testamentarischen Legate des römischen Erbrechts angelehnt sein.

- 1) Bei den Beratungen des BGB sind insoweit allerdings Bedenken aufgetaucht, vgl. Protokolle V S. 857
- 2) So aber Beismann S. 18; Kühl S. 23 f.

1. Die Hofnachfolge als Damnationslegat

Das Damnationslegat entspricht dem Vermächtnis des BGB (§ 2174 BGB). Der Bedachte erhielt durch das Legat lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung des vermachten Gegenstandes.¹⁾

Wäre dem Hofnachfolger der Hof auf Grund eines Damnationslegats vermacht, so würde das Eigentum daran nicht unmittelbar mit dem Erbfall auf ihn übergehen. Eigentümer des Hofes wären vielmehr die Erben des Erblassers nach allgemeinem Recht geworden, zu denen der „Hoferbe“ nach den Bestimmungen der HöfeO – im Gegensatz zu den meisten früheren Anerbengesetzen – nicht einmal zu gehören braucht. Dem Hofnachfolger wäre nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Hofes zugefallen, nicht aber der Hof selbst. Eine derartige Rechtsfolge ist aber mit § 4 HöfeO offensichtlich nicht beabsichtigt. Nach seinem eindeutigen Wortlaut soll der Hof nur einem Erben anfallen, und zwar kraft Gesetzes und nicht erst auf Grund eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden. Das Damnationslegat scheidet somit schon nach einer Interpretation des Gesetzeswortlauts als Rechtsform des § 4 HöfeO aus.²⁾

2. Die Hofnachfolge als *legatum sinendi modo*

Durch das *legatum sinendi modo* wurde der Erbe verpflichtet, dem Bedachten zu gestatten, sich den vermachten Gegenstand anzueignen. Dieses Vermächtnis bildete nur eine Abart des Damnationslegats.³⁾ Da nach diesem Legat ebenfalls nicht das Eigentum am Hof, sondern nur ein schuldrechtliches Aneignungsrecht auf den Hofnachfolger übergeht, stellt § 4 HöfeO auch kein *legatum sinendi modo* dar.

3. Die Hofnachfolge als *fideicommissum*

Das *fideicommissum* – nicht zu verwechseln mit dem deutsch-rechtlichen Familienfideikommiss – die unfeierliche, formlos ausgesprochene Bitte des Erblassers an den Beschwerten, daß dem Bedachten Zugewandte herauszugeben, erzeugte selbst in der von Kaiser Justinian getroffenen Ausgestaltung lediglich obligatorische Wirkungen.⁴⁾ Es kann daher aus den bereits erörterten Gründen den § 4 HöfeO nicht erklären.

4. Die Hofnachfolge als Vindikationslegat

Das *legatum per vindicationem* – das Legat der zwölf Tafeln – gab dem Erblasser die Möglichkeit, das Eigentum an einer Sache oder auch an einem anderen dinglichen Recht dem Vermächtnisnehmer unmittelbar zuzuweisen, so daß dieser ohne weiteres in der Lage war, die vermachte Sache als seine eigene mit der *actio in rem* gegen den Erben oder jeden anderen Besitzer zu vindizieren.⁵⁾ Das Vindikationslegat bewirkt somit einen unmittelbaren

1) Vgl. Arndts S. 20; Sohm-Mitteis-Wenger S. 626

2) Dieses Institut trifft in der Form des Damnationspraelegats in Verbindung mit einer Teilungsanordnung nur in den Fällen zu, in denen dem Anerben bei der Erbteilung ein Anspruch auf Zuweisung des Hofes gegeben ist: Brandenburg, Schlesien, Schleswig-Holstein, Baden, jeweils § 10; § 12 Hessen; Österreichisches Bundesanerbengesetz §§ 3, 10; Tirol §§ 15, 18; Kärnten §§ 6, 7, 8; Böhmen §§ 6, 7, 8. Soweit andere Gesetze dem Anerben keinen Voraus und keinen ihn begünstigenden Anrechnungswert festsetzen, besteht eine reine Teilungsanordnung.

3) Arndts S. 25; Sohm-Mitteis-Wenger S. 626

4) Kaser S. 284; Sohm-Mitteis-Wenger S. 628

5) Arndts S. 16; Kaser S. 218; Sohm-Mitteis-Wenger S. 626, die insoweit noch auf einen Schulstreit zwischen den Sabinianern und den Prokulanern hinweisen. Nach Auffassung der erstenen vollzog sich der Erwerb des Vermächtnisgegenstandes automatisch mit dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben, ohne daß es auf das Wissen und Wollen des Bedachten angekommen wäre. Der Vermächtnisnehmer hat nach dieser Ansicht aber die Möglichkeit, das Vermächtnis auszuschlagen mit der Wirkung, daß der Erwerb rückwirkend entfällt. Die Prokulianer lehrten dagegen, daß der Bedachte das Eigentum an der Sache erst mit der Annahme des Vermächtnisses erwerbe. Der Corpus juris hat die Auffassung der Sabinianer übernommen.

Eigentumsübergang vom Erblasser auf den Bedachten und löst damit die im § 4 HöfeO festgelegte Rechtsfolge aus. In der Tat wird infolgedessen auch mehrfach für die älteren Anerbengesetze die Auffassung vertreten, es handele sich bei der angeordneten Hoffolge um ein Vindikationslegat.¹⁾ Dieser Ansicht kann jedoch aus mehreren Gründen nicht zugestimmt werden.

a) Der Besitzerwerb des dinglichen Vermächtnisnehmers

Das Vindikationslegat des römischen Rechts vermittelt dem Bedachten zwar unmittelbar mit dem Erbfall das Eigentum an der vermachten Sache²⁾, nicht jedoch den Besitz. Diesen mußte sich der Legatar erst mit der *actio in rem* gegen den Besitzer verschaffen. Diese unterschiedliche Behandlung von Eigentum und Besitz im Erbgang erklärt sich daraus, daß dem römischen Recht eine dem § 857 BGB ähnliche Bestimmung, nach der der Besitz auf den Erben übergeht, unbekannt war. Unter diesen Umständen bestehen gegen die Annahme eines Vindikationslegats Bedenken; denn der Hofnachfolger muß mit dem Erbfall nicht nur Eigentümer, sondern auch Besitzer des Hofes werden.

Auch nach anderen Gesetzen, die die Anordnung eines dinglichen Vermächtnisses zulassen, fällt dem Vindikationslegatar der Besitz nicht automatisch zu. Dies trifft zum Beispiel für die dinglichen Vermächtnisse des Pr. ALR I 12 § 288, des sächsischen BGB § 2451 und des französischen Code civil Art. 1016³⁾ zu. Das Pr. ALR I 12 § 311, das sächsische BGB § 2438 und der Code civil Art. 1014 Abs. 2 gestatten es dem Vindikationslegatar nicht, die vermachte Sache gegen den Willen des Erben eigenmächtig in Besitz zu nehmen. Dasselbe gilt für das gemeine Recht⁴⁾ und für das Vindikationslegat ds Art. 649 Abs. 2 des italienischen Rechts nach Art. 649 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 1146 des Codice Civile. Auch das italienische Recht billigt dem dinglichen Vermächtnisnehmer nur einen Anspruch auf den Besitz zu. Eine entsprechende Regelung hat das Zivilgesetzbuch der Vereinigten Staaten von Brasilien getroffen (Gesetz Nr. 3071 vom 11. 1. 1916 mit den durch das Gesetz Nr. 3725 vom 15. 1. 1919 angeordneten Verbesserungen). Im Art. 1692 ist bestimmt, daß vom Todestage des Testators die vermachte Sache einschließlich der Früchte dem Vermächtnisnehmer gehört. Dennoch darf sich der Vermächtnisnehmer nicht aus eigener Machtvollkommenheit in den Besitz der vermachten Sache setzen (Art. 1690 Abs. 2). Nach dem neuen schwedischen Erbrecht, das nur eine Erbeinsetzung kraft Gesetzes, nicht auf Grund einer letztwilligen Verfügung kennt, erwirbt der Vermächtnisnehmer das ihm Zugewandte zwar unmittelbar mit dem Erbfall⁵⁾, jedoch kann er den Vermögensvorteil erst nach erfolgter Tilgung aller Schulden von den Nachlaßverwaltern, zu denen er nicht gehört, herausverlangen (Kap. 5 § 1 des Gesetzes über Nachlaßverwaltung und Erbauseinsetzung vom 9. 6. 1933)⁶⁾.

Insoweit kennt nur das französische Recht im Fall des Art. 1006 Code Civil eine Ausnahme. Wenn keine Pflichterben vorhanden sind und ein sog. Erbvermächtnis vorliegt, dann geht mit dem Erbfall auch der Besitz auf den Erbvermächtnisnehmer über. Diese gesetzliche Bestimmung stellt jedoch keine echte Ausnahme dar. Das französische Erbrecht kennt ebenso wie das schwedische keine testa-

- 1) Bartholomeyczik AcP. 148, 266; Dernburg-Engelmann S. 555; Planck Art. 64 EGBGB Anm. 3 b; Wagemann § 15 Anm. 2, Sozialpolitik Bd. 178 S. 15; vgl. auch Mugdan V S. 119
- 2) a. A. Bosch S. 11 f., nachdem es nur einen mittelbaren Erwerb gegeben haben soll.
- 3) Für das in dieser Vorschrift geregelte Partikularlegat ist die Vindikationseigenschaft allerdings nicht unbestritten. Vgl. Flad ZdAFDR. 1936, 739; RGZ 26, 66 (68)
- 4) Flad ZdAFDR. 1936, 739;
- 5) vgl. Kap. 3 § 2 des Testamentgesetzes vom 25. 4. 1930; Pappenheim S. 290 f.
- 6) Flad ZdAFDR. 1936, 740

mentarische Erbeinsetzung. Nur unter diesem Gesichtspunkt kann das Institut des Erbvermächtnisses richtig gewertet werden. Da der Erbvermächtnisnehmer das gesamte Nachlaßvermögen erhält, ist er nach unserem Erbrechtssystem nicht als Vermächtnisnehmer, sondern als echter Erbe anzusehen.¹⁾ Wenn ihm daher unter der oben genannten Voraussetzung auch der Besitz unmittelbar zufällt, so ist damit der aufgestellte Grundsatz, wonach auf den dinglichen Vermächtnisnehmer nicht der Besitz der vermachten Sache übergeht, nicht erschüttert. Dies muß umsomehr gelten, als der Universallegatar des Art. 1004 Code civil und der Erbteilvermächtnisnehmer des Art. 1011 Code civil sich den Besitz erst übertragen lassen müssen. Dies trifft sogar auch dann für den Erbvermächtnisnehmer zu, wenn er mit einem Pflichterben zusammentrifft.²⁾

Ist dem Bedachten im Wege des dinglichen Vermächtnisses ein im Grundbuch eingetragenes Recht vermacht, so ist zur Umschreibung dieses Rechts die Einwilligung des Erben erforderlich.³⁾

Diese Erkenntnisse zwingen zu dem Schluß, daß die Hofnachfolge des § 4 HöfeO nicht die Gestalt eines dinglichen Vermächtnisses haben kann. Dem Grundgedanken des Höferechts entsprechend, muß der Hofnachfolger unmittelbar mit dem Erbfall gemäß § 857 BGB, der sich nur auf einen Erben bezieht, auch Besitzer des Hofes nebst Zubehör werden. Würde man diese Bestimmung nicht anwenden können und den Hofnachfolger stattdessen im Streitfall auf eine Herausgabeklage gegen die Erben des verstorbenen Hofeigentümers verweisen, dann besteht die Gefahr, daß der Hof bis zu einer Einigung oder einer rechtskräftigen Entscheidung nicht ordnungsgemäß bewirtschaftet wird. Es würde, wenn auch nur für einen begrenzten Zeitraum, gerade das eintreten, was die Vorschriften der HöfeO zu verhindern suchen. Auch im übrigen besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber den Hofnachfolger in dieser Weise gegenüber einem Erben nach allgemeinem Recht schlechter stellen wollte. Im Gegenteil, es würde der Tendenz der HöfeO, den Hofnachfolger im Interesse der Erhaltung des Hofes zu bevorzugen, zuwiderlaufen.

b) Die Haftung des dinglichen Vermächtnisnehmers für Nachlaßverbindlichkeiten

Gegen die Annahme, daß in der Bestimmung des § 4 HöfeO ein Vindikationslegat zu sehen ist, spricht noch ein weiterer Umstand.

Das Vermächtnis gewährt dem Vermächtnisnehmer lediglich Vermögensvorteile. Schulden können nicht vermacht werden.⁴⁾ Der Vermächtnisnehmer haftet daher nicht für die Nachlaßverbindlichkeiten.⁵⁾ Der Hofnachfolger hat aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 15 Abs. 1 HöfeO für alle Nachlaßschulden einzustehen, selbst wenn er am hoffreien Vermögen nicht beteiligt ist. Ein Vermächtnisnehmer kann zwar sowohl nach römischem Recht⁶⁾ als auch nach § 2147 BGB mit einem Untervermächtnis beschwert werden. Der mit einem Legat zugewandte Vermögensvorteil ist auch im weitesten Sinne zu fassen und kann jede unmittelbare oder mittelbare Begünstigung des Vermögens des Bedachten sein.⁷⁾ Dennoch kann die Verpflichtung des Hofnachfolgers zur

1) Ferid-Firsching, Frankreich, RN. 163

2) Ferid-Firsching, Frankreich, RN. 163

3) so ausdrücklich § 2451 sächs. BGB; vgl. im übrigen Flad ZdAfDR. 1936, 739; Motive V S. 135. Beachte aber auch § 22 Abs. 1 Westfälisches Anerbengesetz

4) Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger S. 625

5) Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber des BGB davon abgesehen, dem Vermächtnis eine dingliche Wirkung beizulegen. Die Schöpfer des BGB befürchteten, daß dadurch die Erben und insbesondere die Nachlaßgläubiger benachteiligt werden könnten. Vgl. Motive V S. 135

6) Kipp S. 372 Anm. 1; Staudinger-Seybold § 2142 RN. 2. Sohm-Mitteis-Wenger S. 625: Nur Testamentserbe

7) BayObIG OLG 32, 59; Bartholomeyczik S. 267

Zahlung der Nachlaßverbindlichkeiten nicht als ein ihn zugunsten der Nachlaßgläubiger belastendes Untervermächtnis ausgelegt werden. Nach allen Erbrechtssystemen trifft die Haftung für Nachlaßschulden ausschließlich den Erben. Der Vermächtnisnehmer hat für sie allenfalls beschränkt mit dem ihm zugewandten Vermögensgegenstand¹⁾ einzustehen.²⁾

Dieser Satz gilt auch für die Rechtsordnungen, die das römisch-rechtliche Vindikationslegat übernommen haben.³⁾ Nach Art. 1796 des Zivilgesetzbuches der Vereinigten Staaten von Brasilien trifft die Haftung für Nachlaßschulden nur den Erben, obwohl in Art. 1692 dem Vermächtnis dingliche Wirkung beigelegt ist. Die Neuordnung des schwedischen Erbrechts hat das Vindikationslegat zur Regel gemacht.⁴⁾ Dennoch ist der Vermächtnisnehmer an der Verwaltung des Nachlasses nicht beteiligt und hat auch nicht persönlich die Nachlaßschulden zu tragen; denn er gehört nach Kap. 1 § 1 nicht zu den Nachlaßberechtigten, die gemäß Kap. 5 § 1 des Gesetzes über Nachlaßverwaltung und Erbaueinandersetzung die Verpflichtung zur Zahlung dieser Schulden trifft. Allerdings kann das Vermächtnis nach Kap. 4 § 1 des Gesetzes über Nachlaßverwaltung und Erbaueinandersetzung erst ausgeantwortet werden, sobald dies ohne Nachteil für die Nachlaßgläubiger möglich ist. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 756 des italienischen Codice Civile haftet der Vermächtnisnehmer nicht, auch nicht der Vindikationslegatar für Nachlaßverbindlichkeiten. Von dieser Grundregel sind jedoch einige Ausnahmen zugelassen worden.

So hat der Vermächtnisnehmer für die Zahlung der Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen, die zu erfüllen ihm der Erblasser auferlegt hat (Art. 671). Ferner haftet der Vermächtnisnehmer ähnlich den §§ 2166 ff. BGB für Lasten, die auf dem vermachten Gegenstand ruhen (Art. 756, 668).⁵⁾ ⁶⁾ Schließlich trifft den Vermächtnisnehmer eine Regreßhaftung, wenn ein Nachlaßgläubiger infolge der beschränkten Erbenhaftung nicht befriedigt werden kann (Art. 495 Abs. 2). Daher haben die Nachlaßgläubiger das Recht, die Trennung des Vermögens des Erblassers von dem Eigenvermögen des Vermächtnisnehmers zu verlangen; denn der Vermächtnisnehmer haftet nur innerhalb der Grenzen der ihm vermachten Sache (Art. 671)⁷⁾.

Eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatz, daß nur der Erbe, nicht aber der Vermächtnisnehmer für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, weist der französische Code civil auf. Zwar stellt Art. 873 die Grundregel auf, daß die Erben für die Schulden und Lasten der Erbschaft persönlich nach Köpfen und nach dem Verhältnis ihrer Anteile haften. Trotzdem trifft die Haftung für Nachlaßschulden auch den Universallegatar – den Erbvermächtnisnehmer – und den Legatar unter einem Universaltitel – den Erbvermächtnisnehmer – (Art. 1009, 1012). Wenn der Erbvermächtnisnehmer mit einem Erben zusammen trifft, haftet er aber nur anteilig, hypothekarisch jedoch unbeschränkt. Der Erbteilsvermächtnisnehmer haftet nach Art. 871 immer nur nach dem Verhältnis seines Vorteils, also mit dem Wert des an ihn gefallen Erbteils.

Diese Haftungsregelung des französischen Rechts bildet jedoch keine Ausnahme des oben aufgestellten Grundsatzes. Da diesem Recht eine gewillkürte Erbeinsetzung fremd ist, kann der Erblasser die gesetzliche Erbfolge nur durch die Anordnung von Vermächtnissen ausschalten. Es kann aber nicht zweifelhaft

1) So mit Recht Bosch S. 11; vgl. im übrigen §§ 2166 ff. BGB

2) Ein System, das sich auch in § 419 BGB findet.

3) Vgl. Flad ZdAfDR. 1936, 738

4) Kap. 3§ 2 des Testamentgesetzes; Pappenheim S. 290

5) Eine Sonderregelung besteht für Nießbrauchvermächtnisse, Art. 1010

6) Zu beachten ist noch ein eigentümlicher Unterhaltsanspruch unehelicher Kinder, für die der Vermächtnisnehmer nach Art. 594 ebenfalls einzustehen hat.

7) Vgl. zum ganzen Ferid-Firsching, Italien, RN. 250

sein, daß nach unserer Rechtsordnung sowohl der Erbvermächnisnehmer als auch der Erbteilsvermächnisnehmer als Erben angesehen werden müßten. Daher ist ihre Haftung für Nachlaßschulden keine Ausnahme, sondern eine Bestätigung der Regel. Der Partikularlegatar – der Erbstücksvermächnisnehmer – hat hingegen nach Art. 871 S. 2, 1024 nicht für Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen. Davon ist aber die dingliche Haftung für Hypothekenschulden ausgenommen. Insoweit kann der Erbstückvermächnisnehmer jedoch bei dem Erben Regreß nehmen. Mittelbar haftet er dagegen für Nachlaßschulden, da er im Gegensatz zum italienischen Erbrecht (Art. 499 Abs. 2 Codice Civile) erst im Anschluß an die Nachlaßgläubiger zu befriedigen ist (Art. 926, 927).¹⁾ Ferner ist der Erblasser befugt, dem Erbstückvermächnisnehmer die Verpflichtung aufzuerlegen, Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen.²⁾ ³⁾

Auch Jugoslawien, das in Art. 91 des Gesetzes über die Beerbung das schuldrechtliche Vermächtnis kennt, hat in Art. 98 dieses Gesetzes angeordnet, daß der Vermächtnisnehmer nicht für Schulden des Erblassers haftet. Allerdings kann der Erblasser diese Haftung testamentarisch bestimmen. In der Tschechoslowakei besteht nach § 537 des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 25. 10. 1950 ebenfalls die Regel, daß der Vermächtnisnehmer nicht für Verbindlichkeiten des Erblassers einzustehen hat. Dasselbe gilt nach Art. 434 des Zivilgesetzbuches der Sowjetunion.

Danach ist die Feststellung erlaubt, daß die Hofnachfolge nicht die Rechtsform eines Vindikationslegats bekleiden kann, weil der Hofnachfolger für Nachlaßschulden haftet.⁴⁾ Wenn auch nach dem italienischen, jugoslawischen und französischen Recht der Erblasser befugt ist, den Vermächtnisnehmer mit der Verpflichtung zu beschweren, einzelne Nachlaßschulden zu tilgen, so folgt daraus keinesfalls, daß es auch in unserer Rechtsordnung ein gesetzliches Untervermächnis dieses Inhalts geben kann. Würde man ein derartiges Untervermächnis zulassen, dann würden die Grenzen zwischen Erbrecht und Vermächtnisanordnung verwischt. Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten bildet einen wesentlichen Punkt für die Unterscheidung zwischen Erbschaft und Vermächtnis. Es geht daher nicht an, den Vermächtnisnehmer auf dem Wege eines Untervermächnisses mit der Haftung für alle Nachlaßschulden zu belasten. Das Reichsgericht hat denn auch mit Recht in der Bestimmung eines Erblassers, daß im Innenverhältnis zwischen zwei Miterben nur einer von ihnen die Nachlaßverbindlichkeiten tragen sollte, eine Auseinandersetzungsanordnung und nicht etwa ein Vermächtnis gesehen.⁵⁾

Hinzu kommt, daß nach den erwähnten Gesetzen ein Vermächtnisnehmer in jedem Fall von vornherein beschränkt nur mit dem ihm zugewandten Vermögensgegenstand haftet. Der Hofnachfolger haftet dagegen unbeschränkt, wenn auch beschränkbar. Auch deshalb kann die Annahme, § 4 HöfeO stelle ein Vindikationslegat dar, nicht mit Hilfe der Konstruktion eines gesetzlichen Untervermächnisses gerechtfertigt werden. Die bisherigen Untersuchungen zwingen vielmehr zu dem Schluß, daß der Hofnachfolger zu dem Kreis der Erben zu zählen ist. Daß dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, kann mit Sicherheit der Tatsache entnommen werden, daß er den Hoferwerber als Erben, nämlich als Hoferben⁶⁾, und die Nachfolge in den Hof als Erbfolge⁷⁾

1) Auch im deutschen Recht ist der Vermächtnisnehmer gegenüber anderen Nachlaßgläubigern insoweit zurückgesetzt, §§ 219, 222, 226 ff. KO; 1972 ff., 1980, 1991 f., 2318 BGB; § 3 a AnfG
2) Hinzu kommt noch eine systemwidrige anteilige Haftung für den Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten Art. 205

3) Vgl. Ferid-Firsching, Frankreich, RN. 170

4) Im Ergebnis ebenso Crome S. 376 Anm. 30; vgl. auch Schultz S. 52

5) RG in HRR 1937 Nr. 809

6) §§ 5–18 HöfeO

7) §§ 4, 16, 17 HöfeO

bezeichnet hat. Insoweit ist von Bedeutung, daß auch vor Einführung des § 14 EHRV Einigkeit darüber bestand, daß der Anerbe in seiner Eigenschaft als Erbe für Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen hatte, wenngleich der Umfang der Haftung umstritten war und die Meinungen über die dogmatische Begründung der Haftungspflicht auseinandergingen.¹⁾

5. Die Hofnachfolge als Präzeptionslegat

a) Begriffsbestimmung

Über das *legatum per præceptionem* herrschte bezüglich seiner begrifflichen Abgrenzung zu anderen Legaten schon unter den römischen Juristen Streit. Nach den Sabinianern war ein Präzeptionslegat nur zugunsten eines von mehreren Erben zulässig. Diese Rechtslehrer sahen in diesem Legat ein Vorausvermächtnis (Prälegat), daß der Bedachte nur im Erbteilungsverfahren geltend machen konnte. Sohm-Mitteis-Wenger²⁾ sind auch heute noch der Auffassung, daß das Präzeptionslegat sachlich eine Erbteilungs Vorschrift bedeutete und daß der Bedachte das Eigentum an der vermachten Sache nicht unmittelbar kraft des Legates, sondern erst im Erbteilungsverfahren nach Zuweisung durch den Richter erhielt. Sie bezeichnen daher auch das Präzeptionslegat als Partitionslegat.

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß die Bestimmung des § 4 HöfeO nicht als ein Präzeptionslegat in diesem Sinne aufgefaßt werden kann; denn das Eigentum am Hof würde hier gleichfalls der Erbengemeinschaft, nicht aber dem Hofnachfolger zufallen.

Die Prokulianer maßten dem Präzeptionslegat jedoch eine andere Bedeutung bei. Nach ihrer Ansicht war der Bedachte, der nicht unbedingt Erbe zu sein brauchte, bereits vor der Erbteilungsklage oder vor der freiwilligen Übertragung des Eigentums an der vermachten Sache durch die Miterben berechtigt, die *vindicatio* zu erheben.³⁾ Die Prokulianer behandelten demgemäß dieses Legat als ein Vindikationslegat, und zwar, wenn ein Miterbe damit bedacht war, als Vindikationsprälegat, also als ein Vorausvermächtnis mit dinglicher Wirkung.

Folgt man dieser – wohl zutreffenden – Deutung des Präzeptionslegats, so steht der Wortlaut des § 4 HöfeO der Annahme eines derartigen Vermächtnisses nicht ohne weiteres entgegen. Verschiedentlich wird auch für das ältere Anerbenrecht die Ansicht vertreten, es handle sich bei der Hoffolge um ein Vindikationsprälegat.⁴⁾

In der Regelung des § 4 HöfeO kann aber ebenso wenig ein Präzeptionslegat in der Form eines Vindikationslegats gesehen werden wie in der Hofnachfolge in den meisten früheren Anerbengesetzen der Länder oder im § 19 REG.

Von einem Vorausvermächtnis kann nur gesprochen werden, wenn der Hofnachfolger zugleich Erbe nach allgemeinem Recht ist, ein Fall, der keineswegs immer vorzuliegen braucht. Ist aber der Hofnachfolger nicht nach allgemeinem Recht zum Erben berufen, dann kann es sich bei der Hoffolge lediglich um ein Vindikationslegat handeln. Es ist aber bereits nachgewiesen, daß § 4 HöfeO die Anordnung eines dinglichen Vermächtnisses nicht enthalten kann.

1) Dölle, Bürgerliches Recht, S. 23 f.; Stoll S. 89 f.; derselbe DJZ 1935 Sp. 939 ff.; Bosch S. 32. Vgl. im übrigen Kap. 3 Abschn. C.

2) S. 627, insbesondere Anm. 4 mit Nachweisen

3) Arndts S. 32 f.; Kaser S. 280

4) Hallstein S. 191; Wöhrmann REG § 19 Anm. 2; Kipp § 146 III 2; Dölle S. 4; Knubel S. 44 für die alten Anerbengesetze. Nach Gülland JW 1933, 1389 (1390) ist auch § 19 REG mit dem Vindikationsprälegat vergleichbar. Dieselbe Auffassung vertritt Haegele S. 104 für § 4 HöfeO. Ebenso Pikalo S. 65, 503. Pikalo spricht aber gleichzeitig von einer gesetzlich bestimmten und vollzogenen Teilungsanordnung.

Danach kommt das Vindikationsprälegat als Rechtsform für die Hoffolge nur in Betracht, wenn der Hoferbe Erbe nach bürgerlichem Recht ist.

b) Ist die Zuwendung des Hofes ein gesetzliches Vorausvermächtnis?

Unter einem Vorausvermächtnis ist eine Zuwendung zu verstehen, die sich der Bedachte bei der Erbauseinandersetzung überhaupt nicht oder nur zu einem Teil anrechnen lassen muß.¹⁾ Nach § 4 Satz 2 HofeO tritt an die Stelle des Hofes im Verhältnis der Miterben zueinander der Hofeswert. Der Hoferbe erhält somit den Hof nicht völlig unabhängig von seinem Erbanteil. Das kommt auch in der Vorschrift des § 15 Abs. 4 HofeO zum Ausdruck. Danach ist der Hoferbe am hoffreien Vermögen nur dann und nur insoweit beteiligt, als der auf ihn entfallende Anteil am Gesamtnachlaß, bestehend aus Hof und hoffreiem Vermögen, größer ist als der Einheitswert des Hofes.²⁾ Reicht daher das hoffreie Vermögen aus, um alle Erben daran entsprechend ihren Erbanteilen wertmäßig zu beteiligen, so kann von einer Bevorzugung des Hoferben schwerlich die Rede sein.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der Einheitswert des Hofes heutzutage in der Regel nur einen Bruchteil des realen Verkaufswertes darstellt und daß darin bereits die Bevorzugung des Hoferben liege. Insoweit muß auf den Willen des Gesetzgebers bei Erlaß der HofeO abgestellt werden.³⁾ Bei der Abfassung der HofeO war aber der Unterschied zwischen Einheitswert und Verkehrswert noch nicht in ein so krasses Mißverhältnis geraten, wie das gegenwärtig der Fall sein kann. Es erscheint daher zumindest zweifelhaft, ob der Gesetzgeber auch in diesem Fall bestrebt war, die volle Anrechnung des Hofes bei der Erbauseinandersetzung zu verhindern. Ihm dürfte es vielmehr darum gegangen sein, durch Bezugnahme auf den amtlich festgesetzten Einheitswert eine zuverlässige Berechnungsgrundlage für die im § 12 HofeO geregelten Abfindungsansprüche der weichenden Erben zu erhalten, um so der unsicheren Bewertung des Hofvermögens durch Sachverständigengutachten, die zwar in zahlreichen früheren Anerbengesetzen vorgesehen waren, sich aber nicht bewährt hatten, zu entgegen.⁴⁾ Es war daher nur folgerichtig, wenn der Gesetzgeber bei der Frage nach der Beteiligung des Hoferben am hoffreien Vermögen auf den Einheitswert zurückgriff. Man wird deshalb nicht ohne weiteres sagen können, daß in diesem Fall ein Vorausvermächtnis gegeben ist. Die gegenteilige Auffassung⁵⁾ müßte sich im übrigen nach der geplanten Neufestsetzung der Einheitswerte revidieren.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn das hoffreie Vermögen nicht ausreicht, um jeden Erben entsprechend seinem Erbanteil am Gesamtnachlaß bei der Erbauseinandersetzung zu beteiligen.⁶⁾ Hier wird der Hoferbe gegenüber den weichenden Erben dadurch begünstigt, daß die Nachlaßverbindlichkeiten mit

1) Kaser S. 280 f.; RGZ 170, 165 (170); RGZ 171, 362; BGHZ 26, 274 (280); Bartholomeyczik S. 265; Staudinger-Seybold § 2150 RN. 4; vgl. aber auch OGHZ 1, 161 = NJW 1948, 690 = MDR 1949, 287; OLG Hamburg MDR 1950, 420; Natter JZ 1959, 151, nach denen ein Vorausvermächtnis auch bei voller Anrechnung des zu übernehmenden Grundstücks gegeben sein kann, sofern trotzdem noch ein Vermögensvorteil vorliegt.

2) Beispiel: Die Söhne A, B, C sind Erben. A ist Hoferbe. EW = 20 000 DM. Hoffreies Vermögen 40 000 DM. Jeder Erbe erhält 20 000 DM.

3) Der Wille des Gesetzgebers tritt hier an die Stelle des Erblassers, dessen Wille bei der Frage, ob ein Vorausvermächtnis vorliegt, maßgeblich ist. A. A. insoweit nur Natter aaO., der zu Unrecht nur objektive Momente berücksichtigen will und den mit einem Grundstück Bedachten immer als begünstigt ansieht.

4) Wöhrmann § 12 Anm. I

5) Die vom OGH OLG Hamburg und Natter jeweils am aaO. vertreten werden dürfte.

6) Beispiel: Erben sind die Söhne A, B, C. A = Hoferbe. EW = 30 000 DM. Schulden 10 000 DM. Hoffreies Vermögen 10 000 DM. Nach BGB: A, B, C erhalten je 10 000 DM. Nach HofeO: Hoffreies Vermögen wird durch Schulden aufgezehrt. Von Hof $\frac{1}{10}$ Voraus = 9 000 DM. 30 000 DM abzgl. 9 000 DM = 21 000 DM : 3 = 7 000 DM. A und B erhalten also nur 7 000 DM, C aber 16 000 DM.

Ausnahme der auf dem Hof ruhenden Lasten zunächst aus dem hoffreien Vermögen zu berichtigen (§ 15 Abs. 1 HöfeO) und dem Hoferben an dem Hofvermögen $\frac{3}{10}$ des Einheitswertes als Voraus eingeräumt sind (§ 12 Abs. 3 Satz 2 HöfeO). Nach den bisherigen Erörterungen kann es sich insoweit um ein Vorausvermächtnis handeln. Aber auch dagegen erheben sich Bedenken. Der Hoferbe ist gemäß § 12 HöfeO verpflichtet, die übrigen Erben abzufinden. Die weichenden Erben haben anstelle ihres Erbanteils einen Anspruch gegen den Hoferben auf Zahlung eines Geldbetrages. Da diese Forderungen mit dem Erbfall entstehen, drängt sich die Annahme auf, sie als Nachlaßverbindlichkeiten aufzufassen. Dann würden sie gesetzliche Vermächtnisse zugunsten der weichenden Erben sein¹⁾.

Diese Abfindungsansprüche können aber auch Teilungsanordnungen darstellen²⁾. Dafür spricht der Wortlaut des § 4 Satz 2 HöfeO. Nach dieser Bestimmung tritt der Hofeswert an die Stelle des Hofes. Für das BGB ist anerkannt, daß ein Vorausvermächtnis mit einer Auseinandersetzungsanordnung verbunden sein kann.³⁾

Es bedarf jedoch an dieser Stelle keiner Klärung, ob die Abfindungsforderungen gesetzliche Vermächtnisse oder Teilungsanordnungen sind. Insoweit genügt die Feststellung, daß der Übergang des Hofes auf den Hoferben nicht als reines Vorausvermächtnis angesehen werden kann. Damit ist klargestellt, daß man die Gefahr erheblicher Begriffsverwirrung in Kauf nimmt, wenn man im § 4 HöfeO ein Vindikationsprälegat sieht. Dieses Institut paßt nicht, wenn der Hoferbe nicht zu den Erben nach allgemeinem Recht gehört. Diese Ansicht erscheint ferner bedenklich, wenn mit dem hoffreien Vermögen außer den Schulden die Erbrechtsbeteiligungen der weichenden Erben aufgebracht werden können. Aber auch bei den übrigbleibenden Fällen liegt kein reines Vindikationsprälegat vor. Es könnte sich allenfalls um ein Vorausvermächtnis, verknüpft mit einem gesetzlichen Vermächtnis zugunsten der weichenden Erben oder mit einer (schuldrechtlichen) Teilungsanordnung, handeln.

c) Die Hofnachfolge als Vorausvermächtnis und das Hoffolgezeugnis

Gegen die Annahme eines Vindikationsprälegats muß ferner angeführt werden, daß das Landwirtschaftsgericht gemäß § 18 Abs. 2 HöfeO befugt ist, über die Hoferbfolge ein ausdrücklich als Erbschein bezeichnetes Hoffolgezeugnis zu erteilen. In dem Erbschein ist der Hoferbe als solcher aufzuführen. Das gilt besonders für den auf die Hoferbfolge beschränkten Erbschein (§ 18 Abs. 2 Satz 3 HöfeO). Ein Erbschein kann aber begriffsnotwendig nur einen Erben, nicht einen Vermächtnisnehmer ausweisen.⁴⁾

d) Das Ausschlagungsrecht des Hoferben und seine Stellung als Vermächtnisnehmer

Hinzu kommt, daß der Hoferbe als Vermächtnisnehmer ohne weiteres berechtigt wäre, das Vermächtnis auszuschlagen, und zwar durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten (§ 2180 BGB), also den weichenden Erben gegenüber.

1) BGHZ 28, 194 (200) = NJW 1958, 2114 = RdL 1958, 317 = MDR 1959, 32; Sambrabus SchlHA 1947, 281. — Diese Schulden treffen den Hoferben in seiner Eigenschaft als Erben, also als Vorausvermächtnisnehmer. Es liegt daher ein Untervermächtnis vor. Völlig abwegig Bendel S. 59 Anm. 177, der Auflage annimmt.

2) So BGHZ 4, 341 (347) = RdL 1952, 100 (102); BGHZ 8, 213 = NJW 1953, 343 = RdL 1953, 80 (81); Lange-Wulff § 54 Bem. 56, § 16 Bem. 212 g; Lange, RdL 1959, 257

3) Motive V S. 688; OLG Hamburg MDR 1950, 420; OLG Stuttgart NJW 1949, 348; RGZ 108, 83 (84); Bartholomeyczik S. 266

4) Vgl. statt aller Staudinger-Seybold § 2147 Vorbem. 18 RN. 30 mit weiteren Nachweisen

Er wäre nicht verpflichtet, gleichzeitig die Erbschaft auszuschlagen.¹⁾ Demgegenüber bestimmt § 11 HöfeO, daß der Erbe den Anfall des Hofes durch Erklärung gegenüber dem Gericht ausschlagen kann. Würde es sich bei der im § 4 HöfeO geregelten Hoffolge um ein Vindikationsprälegat handeln, dann wäre die im § 11 HöfeO eingeräumte Möglichkeit, den Hof ohne die Erbschaft in das übrige Vermögen auszuschlagen, überflüssig und die Anordnung, die Ausschlagung dem Gericht gegenüber zu erklären, systemwidrig.

e) Die Haftung des Vorausvermächtnisnehmers für Nachlaßverbindlichkeiten

Es besteht jedoch noch ein weiterer Grund, der die Auffassung, § 4 enthalte ein Vorausvermächtnis mit dinglicher Wirkung, als unrichtig erscheinen läßt. Wäre der Hof dem als Hoferben bezeichneten Vorausvermächtnisnehmer unmittelbar mit dem Erbfall zugefallen, dann wäre dieser in der Lage, das Hofvermögen dem Zugriff der Nachlaßgläubiger zu entziehen. Der Hof wäre in diesem Fall in keinem Augenblick, auch nicht in einer logischen Sekunde, Bestandteil des Nachlasses.²⁾ Der Hoferbe wäre befugt, die beschränkte Erbenhaftung gegenüber den Nachlaßgläubigern durch einen Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses (§§ 214 ff. KO) durch Einleitung einer Nachlaßverwaltung (§ 1975 BGB) oder eines Nachlaßvergleichsverfahrens (§§ 1980 BGB, 113 Nr. 4 VerglO) oder durch Erhebung der Dürftigkeitseinrede des § 1990 BGB geltend zu machen, ohne daß der Hof zur Nachlaßmasse zählen würde. Das widerspricht jedoch den schutzwürdigen Interessen der Nachlaßgläubiger. Die Gefahr der Benachteiligung der Nachlaßgläubiger hat die Verfasser des BGB gerade davon abgehalten, dem Vermächtnis eine dingliche Wirkung beizulegen.³⁾

Diese Folge ist aber auch mit dem Wortlaut des § 4 HöfeO unvereinbar; denn der Hof fällt dem Hoferben als „Teil der Erbschaft“ zu. Sie steht zudem im Widerspruch mit der Bestimmung des § 15 HöfeO. Aus dieser Vorschrift ergibt sich eindeutig, daß der Hoferbe nach Erschöpfung des hoffreien Vermögens mit dem Hofvermögen für Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen hat. Diese für das Innenverhältnis getroffene Anordnung wäre unverständlich, wenn eine Haftung im Außenverhältnis nicht gegeben wäre. Der Hof ist in bewußter Abkehr von der Vorschrift des § 38 REG keinen Zwangsvollstreckungsbeschränkungen mehr unterworfen.

Als Ergebnis kann nach alledem festgestellt werden, daß der im § 4 HöfeO geregelte Übergang des Hofes auch kein Vindikationsprälegat darstellt. Die Hoffolge gliedert sich mithin nicht in das romanistische System der erbrechtlichen Einzelzuwendungen ein.

1) Bartholomeyczik S. 18; Kipp-Coing § 117 IV 1

2) Näheres dazu Seite

3) Motive V S. 153 f., Kipp-Coing § 53 II 1; Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 105; dieselben Erwägungen haben die Erbrechtskommission veranlaßt, von einem Vorschlag, ein Vindikationsprälegat einzuführen, Abstand zu nehmen.

II. Die Hofnachfolge als dinglich wirkende Teilungsanordnung

Die wohl herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, § 4 HöfeO enthalte eine dingliche Teilungsanordnung.¹⁾

1. Die Begründung dieser Ansicht

Eine eingehende dogmatische Erläuterung dieser Auffassung wird jedoch von niemandem gegeben. Nur Günther²⁾ unternimmt es, das System der dinglichen Teilungsanordnung mit dem Hinweis auf § 9 Abs. 4 Satz 1 des HöfeG von Bremen zu begründen. Nach dieser Bestimmung erwirbt der Anerbe das Eigentum am Hof nicht schon mit dem Erbfall, sondern erst mit der Annahme der Erbschaft. Daraus folgert Günther, daß das Eigentum an dem Hof in der Zwischenzeit der Erbengemeinschaft zustehen müsse. Bei dieser Argumentation übersieht Günther jedoch den § 9 Abs. 1 HöfeG Bremen. Danach fällt der Hof nebst Zubehör nur einem Erben an. Er kann daher nicht in das Eigentum einer immer aus mehreren Personen bestehenden Erbengemeinschaft übergehen. Die – zweifellos verunglückte – Vorschrift des § 9 Abs. 4 Satz 1, die von keinem der späteren Anerbengesetze übernommen wurde, hat daher lediglich zur Folge, daß der Hof bis zur Erbschaftsannahme herrenlos ist.³⁾ Im übrigen ist es auch unzulässig, von einer Bestimmung, die sich nur in einem einzigen Anerbengesetz befindet, auf ein System aller Anerbengesetze zu schließen.

2. Die gesetzliche Einrichtung einer dinglichen Erbteilung

Die Theorie der dinglichen Erbteilung vermag aber auch aus anderen Gründen nicht zu überzeugen. Ihr muß zunächst entgegengehalten werden, daß keiner Rechtsordnung eine **dingliche** Erbteilung in dieser Form bekannt ist. Nach dem römischen und dem gemeinen Recht zerfiel der Nachlaß, soweit er aus teilbaren Forderungen oder Schulden bestand, zwar automatisch mit dem Erbfall anteilmäßig auf die einzelnen Erben.⁴⁾ Eine derartige Rechtsfolge, die sich von selbst aus dem Bestehen einer Bruchteilsgemeinschaft ergibt, unterscheidet sich aber wesentlich von der im § 4 HöfeO angeordneten Hoffolge, nach der ein Sachinbegriff aus dem übrigen Nachlaß ausgeklammert und einem besonderen rechtlichen Schicksal unterstellt wird.

Dem BGB ist eine dingliche Erbteilung fremd. Die dem Erblasser nach § 2048 BGB eingeräumte Befugnis, eine Auseinandersetzungsanordnung zu treffen, begründet nur schuldrechtliche Verpflichtungen der Miterben gegeneinander.⁵⁾ Wie die Materialien zum BGB ergeben, wurde eine dingliche Teilungsanord-

1) Wöhrmann § 19 REG Anm. 2; derselbe § 4 HöfeO Anm. II 2: „Vielmehr ist diese Gemeinschaft schon durch das Gesetz dahin auseinandergesetzt, daß der Hof dem Hoferben allein gehört“. Lange-Wulff § 4 Bem. 56: „Gewissermaßen durch eine vom Gesetz sogleich mit dem Erbfall durchgeführte Auseinandersetzung“. Vgl. aber auch § 4 Bem. 55: „Seine Nachfolge in den Hof ist in jedem Falle Erbfolge“. Beismann S. 18 f.; Bosch S. 6 für die alten Anerbengesetze; Kühl S. 26; Günther S. 6, 8; Müller-Wilm S. 9 ff.; Bendel S. 56 ff.; Schulz S. 50 f., vgl. auch S. 40. Eine Sondererfolge soll nach dieser Ansicht nur in vier älteren Anerbengesetzen gegeben sein, nämlich in Art. 18 Bayern (1855), Art. 37 Hessen (1858), § 361 AVO zum BGB Mecklenburg-Schwerin und § 5 ff. Mecklenburg-Strelitz sowie ferner in § 18 REG. A. A. auch insoweit Baumecker-Domke § 19 Anm. 13. Bendel S. 56 zählt dagegen auch § 7 Pr. ErbHG zu dem System der Sondererfolge.

2) S. 9 f.

3) Vgl. insoweit auch Kap. 3 Abschnitt A. Auch beim Heimstättenrecht kann es eine hereditas iacens geben.

4) Bartholomeyczik S. 220; Kaser S. 273; Kipp-Coing § 114 I 1; Sohm-Mitteis-Wenger S. 621

5) Motive V S. 688; KGJ 28, 196; Erman-Bartholomeyczik § 2048 Anm. 3; Staudinger-Lehmann § 2048 RN. 3

nung wegen ihrer engen Verknüpfung mit dem ebenfalls abgelehnten Vindikationslegat und der damit verbundenen Gefährdung der Nachlaßgläubiger und der Erben für unzweckmäßig gehalten.¹⁾

3. Die dingliche Erbteilung und der Hof als Nachlaßbestandteil

Wegen der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten erheben sich aber auch hier Bedenken. Die Anhänger des sog. Systems der dinglichen Erbteilung billigen zum Teil den unmittelbaren Übergang des Hofes vom Erblasser auf den Hoferben²⁾ und werden damit dem Sinn und dem Wortlaut des § 4 HöfeO gerecht. Der Hof kann jedoch nicht als Nachlaßgegenstand angesehen werden, wenn er sofort mit dem Erbfall in das Privatvermögen eines einzelnen Erben überführt wird.

4. Das Wesen der Erbteilung

Gegen die Annahme einer dinglichen Teilungsanordnung sprechen aber vor allem dogmatische Gründe. Durch eine Auseinandersetzungsanordnung des Erblassers erhält ein Miterbe nicht mehr, aber auch nicht weniger als seinen gesetzlichen Erbeil.³⁾ Diese Grundregel muß auch für die kraft Gesetzes dinglich wirkende Erbteilung gelten. Daraus folgt zunächst, daß eine Teilungsanordnung dann nicht vorliegen kann, wenn der Hoferbe nicht zu den Erben nach allgemeinem Recht gehört. Eine Erbteilung ist nur unter Miterben denkbar. Da aber der Hoferbe nicht notwendig gleichzeitig nach den §§ 1924 ff. BGB zum Erben berufen sein muß, läßt sich die Theorie der dinglichen Erbteilung nur halten, wenn in der Zuwendung des Hofes eine Erbeinsetzung erblickt werden kann und wenn der Hof den gesetzlichen Erbeil des Hoferben bildet.

Werden jedoch jemandem nur einzelne Gegenstände übertragen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Bedachte Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet worden ist (§ 2087 Abs. 2 BGB). Diese gesetzliche Vermutung, die auf die letztwillige Verfügung eines Rechtsunkundigen abgestellt ist, kann aber widerlegt werden. Insoweit ist beachtlich, daß der Gesetzgeber den Hoferben schlechthin als Erben bezeichnet hat. Es muß daher angenommen werden, daß der Gesetzgeber den Hoferben auch dann als Erben ansehen wollte, wenn er nicht nach allgemeinem Recht zum Erben berufen ist. Der Sprache des Gesetzgebers muß im Gegensatz zu dem Wortlaut eines von einem Rechtsunkundigen verfaßten Testaments ein entscheidendes Gewicht beigelegt werden. Außerdem ist anerkannt, daß selbst die Zuwendung einzelner Gegenstände eine Erbeinsetzung enthalten kann, sofern diese einen einheitlichen Vermögenskomplex bilden und einen wesentlichen Teil des Nachlasses

1) Protokolle V S. 885; Mugdan V S. 496

2) Lange-Wulff § 4 Bem. 56; Wöhrmann § 15 Anm. III 2; Kühl S. 26 ff.; Schultz S. 43, 56. Anders Günther S. 7, nach dem der Hof zunächst in das Eigentum aller Miterben fällt, in demselben Augenblick jedoch Alleineigentum des Hoferben werden soll (gemeint ist offenbar Erwerb in einer logischen Sekunde). Im Widerspruch dazu stehen seine Ausführungen auf S. 11. Danach soll der Hof sofort in das Alleineigentum des Hoferben fallen. Ähnlich wie Günther auch Beismann S. 19, 21: „Jedoch erlangen diese“ (die weichenden Erben) „auf Grund der vom Gesetz mit dinglicher Wirkung vorweggenommenen und in dem Zeitpunkt des Erbfalls (Erbchaftserwerb) vorverlegten Erbteilung nicht erst Miteigentum an dem Gut“. Dennoch nimmt Beismann auf S. 20 Universalsukzession an. Müller-Wilm S. 9 vertritt die schwer verständliche Ansicht, daß der Hof zwar zunächst in das Gesamthandseigentum aller Miterben übergehe, jedoch im Innenverhältnis der Miterben zueinander in das Alleineigentum des Hoferben falle. Die übrigen Erben sollen im Zeitpunkt des Erbfalls ihre dinglichen Beziehungen zum Hof wieder verlieren. Bendel S. 95 nimmt einen Eigentumserwerb der weichenden Erben in einer logischen Sekunde an.

3) RG SeuffA 63, 404 (406); RG DR 1942, 977 = WarnR 1942 Nr. 25 = DNotZ 1942, 182; RGZ 170, 163 (170); RGZ 171, 358 (362); Bartholomeyczik S. 225, Kregel im RGRK § 2150 Anm. 1; Natter JZ 1959, 151; Staudinger-Seybold § 2150 RN. 4

ausmachen.¹⁾ Das ist aber bei einem Hof, der im allgemeinen den Hauptteil des Nachlasses darstellt, der Fall, zumal er regelmäßig einen Einheitswert von 10 000 DM haben muß (§ 1 Abs. 2 und 3 HöfeO). Sinn und Zweck des Hofanfalls ist auch, dem Hoferben unmittelbare Herrschaftsgewalt über diesen Nachlaßgegenstand zu verleihen. Da der Hoferbe für sämtliche Nachlaßschulden zusammen mit den übrigen Erben als Gesamtschuldner haftet (§ 15 Abs. 1 HöfeO), ist es gerechtfertigt, ihn entgegen der Auslegungsvermutung des § 2087 Abs. 2 BGB als Erben anzusehen.¹⁾ Die Erbquote des Hoferben bestimmt sich nach seiner wertmäßigen Beteiligung am Gesamtnachlaß. Der Wert des Hofes ist somit in Relation zu dem Wert des Gesamtnachlasses, bestehend aus Hof und hoffreiem Vermögen, zu setzen. Der Erbteil des Hoferben wird also – anders ausgedrückt – durch den Wert des Hofes quotenmäßig festgesetzt. Eine Teilungsanordnung kann nach den gewonnenen Grundsätzen demnach nur vorliegen, wenn der Hoferbe nicht mehr und nicht weniger als den Wert des Hofes erhält. Das trifft aber dann nicht zu, wenn das hoffreie Vermögen so umfangreich ist, daß der Hoferbe gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2 HöfeO daran noch zu beteiligen ist. In diesem Falle erhält der Hoferbe mehr als seinen Anteil. Dagegen fällt ihm weniger zu, wenn die weichenden Erben gegen ihn Abfindungsansprüche gemäß § 12 HöfeO geltend machen können. In beiden Fällen handelt es sich infolgedessen nicht um Teilungsanordnungen, jedenfalls liegt keine reine Erbteilung vor.

Dieses Ergebnis ist nur zu umgehen, wenn sich der Erbteil des Hoferben anderweitig bestimmen läßt. Dazu bietet sich der Versuch an, den dem Hoferben tatsächlich zufallenden Vermögenswert als seinen Erbteil anzusehen. Der Erbteil würde danach, sofern das hoffreie Vermögen zur Befriedigung der weichenden Erben ausreicht, dem Wert des Hofes und, wenn der Hoferbe nach § 15 Abs. 4 HöfeO noch am hoffreien Vermögen zu beteiligen ist, dem Wert des Hofes zuzüglich des Wertes dieses Anteils entsprechen. In diesem Fall erhält der Hoferbe in der Tat, wenn man einmal davon absieht, daß er durch die Bewertung des Hofes mit dem Einheitswert bevorzugt sein kann, nicht mehr und nicht weniger als seinen gesetzlichen Erbteil. Jedoch würde in diesem Fall nicht § 4 HöfeO allein die Teilungsanordnung darstellen, sondern nur im Verein mit der Bestimmung des § 15 Abs. 4 HöfeO. Das entspricht aber nicht der Auffassung der Vertreter der dinglichen Teilungstheorie; denn auch nach ihrer Ansicht muß hinsichtlich des hoffreien Vermögens eine schuldrechtliche Erbauseinandersetzung stattfinden.

Der Versuch, den Erbteil des Hoferben nach dem ihm tatsächlich zufließenden Vermögenswert zu bestimmen, scheitert aber vollends, wenn das hoffreie Vermögen nicht umfassend genug ist, um die Erbanteile der weichenden Erben aufzubringen. In diesem Fall erhält der Hoferbe den um die Abfindungsansprüche der übrigen Erben verminderten Wert des Hofes. Mangels einer anderslautenden erbrechtlichen Norm würde aber hier infolge der dinglichen Wirkung der Erbteilung nicht der Hof, sondern nur der um die Abfindungsansprüche gekürzte Hofeswert auf den Hoferben übergehen. Eine Erbauseinandersetzung kann aber lediglich an dem Gesamtvermögen des Erblassers, an einem Bruchteil davon oder aber ausnahmsweise an einzelnen Gegenständen erfolgen. Ein wertmäßig bestimmter Teil eines Gegenstandes oder einer Sachgesamtheit kann jedoch nicht im Wege der Erbauseinandersetzung auf den Erben übertragen werden. Dies ist nur mit Hilfe einer Vermächtnisanordnung möglich.²⁾

1) Bartholomeyczik S. 143; Staudinger-Seybold § 2087 RN. 4; Johannsen im RGRK § 2087 Anm. 9; BayObLG 11, 176

2) A. A. Beismann S. 19 f., der eine „tatsächliche“ Vererbung des Hofwertes annimmt

Es fehlt somit an einer Bestimmung, die den Hofnachfolger, sofern er nicht schon nach den §§ 1924 ff. BGB zum Erben berufen ist, Erbe mit einem entsprechenden Erbteil werden läßt.

5. Der Hof als gesamthänderische Berechtigung der Miterben

Das System der dinglichen Erbteilung setzt ferner voraus, daß auch hinsichtlich des Hofes zwischen dem Hoferben und den weichenden Erben eine Miterbengemeinschaft besteht. Dafür spricht, daß die HöfeO den Hoferben und die übrigen Erben als Miterben bezeichnet.¹⁾ Hinterläßt der Erblasser aber mehrere Erben, so wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen aller Erben (§ 2032 Abs. 1 BGB). Die Nachlaßgegenstände fallen damit in das gesamthänderische Vermögen sämtlicher Erben. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß dies für das hoffreie Vermögen zutrifft, sofern der Hoferbe gleichzeitig Erbe nach allgemeinem Recht ist. Das gilt aber nicht für den Hof nebst Zubehör. Dieser fällt kraft Gesetzes nur dem Hoferben an. Er steht daher in keinem Augenblick in der Gesamthand der Miterben. Der Eigentumswechsel vollzieht sich unmittelbar vom Erblasser auf den Hoferben und nicht über einen Durchgangserwerb der Erbengemeinschaft. Diese ist nicht einmal in einer logischen Sekunde Eigentümerin des Hofes.²⁾ Die gegenteilige Auffassung verträgt sich nicht mit dem Wortlaut des § 4 HöfeO.³⁾ Aus dieser Bestimmung geht eindeutig hervor, daß der Hof, wenn mehrere Erben vorhanden sind, nur in das Eigentum eines Erben übergehen soll. Die Gegenmeinung erscheint auch gekünstelt und wirklichkeitsfremd; denn niemand wird auf die Idee kommen, zunächst die Erbengemeinschaft als Eigentümerin des Hofes in das Grundbuch einzutragen und dann erst den Hoferben.⁴⁾

Da somit ein gesamthänderisches Vermögen zwischen dem Hoferben und den übrigen Erben an dem Hof niemals bestanden hat, ist für eine Erbteilung kein Raum.

6. Die Erbteilung und die Haftung für Nachlaßschulden

Die Annahme einer dinglich wirkenden Erbteilung führt aber noch zu weiteren, untragbaren Konsequenzen. Nach § 2062 BGB kann die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nur von allen Erben gemeinschaftlich beantragt werden. Sie ist ausgeschlossen, wenn der Nachlaß geteilt ist. Das gilt gemäß § 113 Nr. 3 VerglO auch für das Nachlaßvergleichsverfahren. Nach der Teilung kann auch der Gläubiger nicht mehr die Verwaltung des Nachlasses beantragen.⁵⁾ Die Nachlaßteilung ist vollzogen, wenn die Gesamthandsberechtigung an erheblichen Teilen des Nachlasses aufgehoben ist, so daß das übrigbleibende Gesamthandsvermögen nicht mehr als Nachlaß erscheint.⁶⁾

Geht man aber davon aus, daß der Hof zunächst zum Gesamthandsvermögen aller Miterben gehört, dann aber durch eine gesetzliche Erbteilung in das Alleineigentum des Hoferben überführt wird, so ist regelmäßig von vornherein

1) Vgl. dazu §§ 4 Satz 2, 12 Abs. 3–7, 13 Abs. 1, 15 Abs. 1 und 3–5

2) Vgl. Anm. 2 auf Seite 28 und insbesondere Günther S. 7; Bendel S. 57; Dernburg-Engelmann S. 555

3) Im Ergebnis ebenso OLG Celle RdL 1957, 302 (303 f.); Erman-Bartholomeyczik vor § 2032 Anm. 3 a; Bartholomeyczik S. 199; Lange-Wulff § 4 Bem. 56; Wöhrmann § 15 Anm. III 2; Kregel im RGRK § 2032 Anm. 12, Kipp-Coing § 131 C V 3; Steinhoff S. 21 f. Für das REG Blomeyer S. 120; Dölle S. 239; derselbe, Bürgerliches Recht S. 20; Molitor S. 120; Stoll-Baur S. 81

4) Diese Folgerung wird auch von niemand gezogen.

5) HM vgl. Palandt-Keidel § 2062 Anm. 2. Den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens kann ein Gläubiger ohnehin nicht stellen.

6) RG HRR 1938 Nr. 1602; Bartholomeyczik S. 349

eine Nachlaßverwaltung und ein Nachlaßvergleichsverfahren ausgeschlossen.¹⁾ Das Hofvermögen macht in der Mehrzahl aller Fälle den überwiegenden Teil des Nachlasses aus. Oft ist ein hoffreies Vermögen überhaupt nicht vorhanden. Es ist aber offensichtlich nicht beabsichtigt, den Erben in diesen Fällen den Weg der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßvergleichsverfahrens zu versperren. Das verkennen Bosch²⁾ und Müller-Wilm³⁾ nicht. Sie meinen jedoch, daß eine Teilung im Sinne des § 2062 BGB nicht stattfindet (den Fall des § 113 Nr. 3 VerglO behandeln sie nicht) und daß daher eine Nachlaßverwaltung sowohl über das Hofvermögen als auch über das hoffreie Vermögen zulässig sei. Eine Begründung für diese Ansicht vermögen beide jedoch nicht anzuführen. Sie läßt sich auch nicht finden. Das nach der Theorie der dinglichen Erbteilung einmal vorhandene Sondervermögen der Erbengemeinschaft ist durch die Erbteilung aufgelöst worden. Das ist aber gerade der Grund dafür, warum von nun an die Sonderung des Nachlaßvermögens vom Eigenvermögen versagt wird. Das System der dinglichen Erbteilung befindet sich hier in einem Dilemma, das sie nicht zu lösen vermag.

Nach der Ansicht der dinglich wirkenden Erbteilung muß dem weichenden Erben das Recht auf Ausschlagung des Nachlasses einschließlich des Hofvermögens zustehen; denn nach dieser Theorie besitzt er auch hinsichtlich des Hofes ein volles Erbrecht. Dasselbe gilt von dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über den gesamten Nachlaß einschließlich des Hofvermögens. Diesen Antrag kann nach § 217 Abs. 1 KO jeder Erbe stellen. Über das Hofvermögen allein wäre ohne Zustimmung des weichenden Erben eine getrennte Nachlaßverwaltung oder ein besonderes Nachlaßvergleichsverfahren nicht zulässig, weil der Antrag auf Einleitung dieser Verfahren nur von allen Erben gemeinschaftlich gestellt werden kann (§§ 2062 BGB, 113 Nr. 1 VerglO). Damit würden aber dem weichenden Erben Verfügungsrechte über den Hof eingeräumt, die ihm nach Sinn und Zweck des Hoferbenrechts nicht zustehen können.

7. Die dingliche Erbteilung in Verbindung mit einem Vorausvermächtnis

Zu prüfen bleibt noch, ob § 4 HöfeO nicht eine dinglich wirkende Erbteilung, verbunden mit einem (schuldrechtlichen) Vorausvermächtnis darstellt. Es ist anerkannt, daß ein Vorausvermächtnis mit einer Auseinandersetzungsanordnung verknüpft sein kann.⁴⁾ Mit einer derartigen Konstruktion würde man einigen aufgezeigten dogmatischen Schwierigkeiten, die das System der dinglichen Erbteilung mit sich bringt, aus dem Wege gehen. Dieser Lösungsversuch scheitert jedoch daran, daß ein Vorausvermächtnis von der Erbberechtigung unabhängig ist. Der Vorausvermächtnisnehmer kann den Voraus annehmen, die Erbschaft aber ausschlagen und umgekehrt.⁵⁾ Auch bleiben bei dieser Konstruktion die Bedenken, die gegen den Hof als Naßlaßobjekt erhoben sind, und die Schwierigkeiten, die bei der Begründung einer Gesamthandsgemeinschaft und der Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten auftreten, bestehen.

III. Die Hofnachfolge als Sondererbfolge

Wenn der Hoferbe den Hof weder als Vermächtnisnehmer noch auf Grund einer Teilungsanordnung erwirbt, so bleibt als letzte und einzige Möglichkeit,

1) Dies ist denn auch die folgerichtige, jedoch im Ergebnis unhaltbare Auffassung von Bendel S. 96

2) S. 25

3) S. 29

4) RGZ 108, 84; OLG Hamburg MDR 1950, 420; Bartholomeyczik S. 266; Natter JZ 1959, 151

5) Allg. A. Bartholomeyczik S. 265; Palandt-Keidel § 2150 Anm. 3

daß ihm der Hof im Wege der Erbfolge unmittelbar zufällt. Dies ist mit Recht die Auffassung des neueren Schrifttums.¹⁾

1. Die Erbfolge nach allgemeinem Erbrecht

Durch die Berufung zum Erben tritt der Erbe mit dem Tode des Erblassers in dessen Rechts- und Pflichtleben ein. Mit dem Erbfall vollzieht sich ein gesetzlicher Eigentumsübergang der dem Erblasser gehörigen Gegenstände auf den Erben. Das Erbrecht greift somit in das Sachenrecht ein, indem es die dingliche Zuordnung des Nachlasses nach dem Erbfall regelt. Das Erbrecht gibt aber nicht nur die Antwort auf die Frage nach der dinglichen Zuordnung des Nachlasses. Es bestimmt auch die wertmäßige Zuordnung der Erbschaft. Nur bei einer Alleinerbschaft und bei einem schuldenfreien Nachlaß stimmen die dingliche und wertmäßige Zuordnung überein. Die dingliche Zuordnung wird durch die Universalsukzession begründet. Die wertmäßige Beteiligung eines Erben an dem Nachlaßvermögen ergibt sich dagegen aus seinem Erbteil. Denn Erbteil ist der Bruchteil, mit dem einer von mehreren Erben an der Erbschaft, ohne Rücksicht auf Ausgleichsrechte und -pflichten, beteiligt ist.²⁾ Die endgültige wertmäßige Zuordnung des Nachlaßvermögens wird ferner durch die Nachlaßverbindlichkeiten durch Vermächtnisse und Auflagen sowie durch Ausgleichs- und Anrechnungspflichten beeinflusst.

Sind mehrere Erben vorhanden, dann fällt das gesamte Nachlaßvermögen in das gesamthänderische Eigentum aller Miterben. Die Miteigentumsanteile können aber weder bruchteilsmäßig noch rechnerisch erfaßt werden.³⁾ Sie entsprechen nicht etwa den Erbanteilen. Die Erbberechtigung allein ist der Grund für den Eigentumserwerb und die dingliche Neuordnung des Nachlasses. Die Erbanteile bilden die Grundlage für die Erbaueinandersetzung, durch die die wertmäßige Zuordnung verwirklicht wird.

2. Die Erbfolge nach Höferecht

§ 4 HöfeO, nach dem der Hof, also ein Teil des Nachlasses, auf nur einen Erben übergeht, auch wenn mehrere Miterben vorhanden sind, ändert die nach allgemeinem Recht eintretende dingliche Zuordnung ab. Nicht die Erben-gemeinschaft erhält Gesamthandseigentum am Hof, sondern der Hoferbe Alleineigentum. Der durch den Erbfall ausgelöste Eigentumserwerb beruht auf der Hofnachfolgeberechtigung. Da der Hofnachfolger für die Nachlaßschulden haftet (§ 15 HöfeO) und er auch Herr des Hofvermögens wird, handelt es sich bei der in § 4 HöfeO geregelten, mit dem Tode des Erblassers automatisch vollzogenen dinglichen Neuordnung eines Nachlaßteils um eine echte Erbfolge.

Diese Erbfolge widerspricht aber dem im BGB geltenden Gesamthandsprinzip und schafft eine andere Eigentumslage als das allgemeine Erbrecht. Daher ist die Erbfolge, die § 4 HöfeO anordnet, eine „Sondererbfolge“. ⁴⁾ Müller-Wilm⁵⁾

1) So schon Linckelmann S. 21; Bartholomeyczik S. 13, 199; Crome S. 376; Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 148; Kipp-Coing § 131 C I, III; Beutner Gruchot 69, 213 a. E.; Dietz S. 22; Steinhoff S. 11; Hartmann § 25 Anm. 1; Hermes S. 470; so wohl auch Kregel im RGRK § 1922 Anm. 25 und Ehard-Eder in Soergel-Siebert Einl. vor § 1922 RN. 20. Für das REG: Blomeyer S. 119 f.; Bosch S. 15; Cammerer DJZ 1934 Sp. 256; Dölle S. 240; Knubel S. 46; Kühl S. 34 f.; Schultz S. 38; Stoll-Baur S. 80; Vogels Einl. II S. 119, die jedoch zum Teil für die HöfeO Erbteilung annehmen bzw. annehmen dürften, vgl. Bosch S. 6 ff.

2) Bartholomeyczik S. 28 f.

3) Staudinger-Geiler-Keßler Vorbem. vor § 705 RN. 43 b

4) Eine Art Sondererbfolge kennt das italienische Erbrecht in Art. 588 Abs. 2. Diese beruht jedoch nicht auf Gesetz, sondern auf Testament. Der Erblasser hat das Recht, die Erbfolge in bestimmte Gegenstände anzuordnen.

5) S. 5

und Günther¹⁾ wollen diese Ansicht nicht gelten lassen, weil § 4 HöfeO im Gegensatz zu den früheren Anerbengesetzen, die eine Sondererbfolge enthielten²⁾, nicht besage, daß der Hof einen abgesonderten bzw. besonderen Teil der Erbschaft bilde. Diese Argumentation beruht jedoch auf einer Fehlinterpretation des Wortlauts des § 4 HöfeO. Nach dieser Bestimmung ist der Hof ein Teil der Erbschaft, der nur auf einen Erben übergeht. Die Worte „abgesonderter“ oder „besonderer“ Teil können fehlen, ohne daß an der hier getroffenen dinglichen Zuordnung Zweifel auftreten können. Auch so ist klar gestellt, daß am Hof kein Gesamthandseigentum entsteht. Auch die Worte „Teil des Nachlasses“ sind insoweit ohne Belang. Sie bedeuten, daß der Hof keinen selbständigen Nachlaß bildet. Daher können die in den früheren Anerbengesetzen teilweise gebrauchten Adjektive die Auslegung des § 4 HöfeO als Sondererbfolge nicht entkräften.

Es ist allerdings zuzugeben, daß das BGB Einzelzuwendungen in der Form einer Erbfolge nicht kennt. Das bürgerliche Recht hat den zweckgebundenen Einzelzuwendungen, die es in den §§ 1932, 1969 BGB vorsieht, das rechtliche Gewand eines Vermächtnisses gegeben. In beiden Fällen ist den Bedachten der Vermögensvorteil jedoch nicht unmittelbar gewährt worden. Aus diesem Grunde können der Voraus des Ehegatten und der Dreißigste der Haushaltsangehörigen mit dem Hofanfall des § 4 HöfeO nicht verglichen werden. Sie liefern daher auch kein Argument gegen die Auffassung, daß die Hofnachfolge eine Sondererbfolge ist.³⁾

Die Vorschrift des § 4 HöfeO hat nur Einfluß auf die dingliche Zuordnung. Nach § 4 Satz 2 HöfeO tritt an die Stelle des Hofes im Verhältnis der Miterben untereinander der Hofeswert.⁴⁾ Die Sondererbfolge läßt also die wertmäßige Zuordnung des Nachlasses unberührt. Insoweit haben aber andere Vorschriften der HöfeO das allgemeine Erbrecht abgewandelt. Der Hof ist nach § 12 Abs. 2 HöfeO bei der Erbauseinandersetzung nicht wie nach BGB entweder mit dem Verkehrswert oder mit dem Ertragswert, sondern mit dem Einheitswert in Ansatz zu bringen. Ferner ist dem Hoferben von dem Einheitswert nach Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten ein Voraus von $\frac{3}{10}$ eingeräumt (§ 12 Abs. 3 HöfeO). Dieser Voraus ist kein gesetzliches Vorausvermächtnis, sondern nur eine Rechnungsgröße bei der Erbauseinandersetzung zwischen Hoferben und den weichen Erben.⁵⁾ Der Voraus beeinträchtigt zwar die wertmäßige Zu-

1) S. 10

2) Darunter verstehen sie § 353 AnerbenG Mecklenburg-Schwerin und § 19 REG

3) Ernsthafte Zweifel an dem hier gefundenen Ergebnis könnten dagegen bestehen, wenn die HöfeO eine dem § 22 Abs. 1 Satz 1 westfälisches AnerbenG entsprechende Bestimmung enthielte. Danach ist die Eintragung des Anerben im Grundbuch von der Einwilligung der weichen Erben abhängig. Durch diese Vorschrift wird jedoch das Wesen der Hoferbfolge nicht beeinträchtigt. Diese Bestimmung stellt lediglich eine Schutzvorschrift zugunsten der weichen Erben dar (Bendel S. 92 Anm. 345; Günther S. 12; Steinhoff S. 25). Der Hoferbe soll gezwungen werden, sich mit ihnen möglichst bald über die Abfindung zu verständigen. Einen Schritt weiter geht das AnerbenG von Mecklenburg-Strelitz. Es bestimmt im § 19, daß der Nerbe erst dann im Grundbuch eingetragen werden soll, wenn vorher oder gleichzeitig die Sicherung für die Abfindungsbeträge eingetragen werden. Hierdurch wird der Schutzcharakter dieser Vorschrift besonders verdeutlicht. Ähnliche Bestimmungen wie im § 22 westf. AnerbenG befinden sich in § 14 Abs. 2 RentengüterG und § 21 AnerbenG von Bremen. Kühl S. 28 und Beismann S. 21 meinen, diese Vorschriften nicht gegen die Ansicht der Sondererbfolge verwenden zu können, weil sie überflüssig wären, wenn der Hof wirklich im Miteigentum aller Erben gestanden hätte; denn in diesen Fällen wäre eine Auflassung erforderlich gewesen. Das ist jedoch unzutreffend. Nach der dinglichen Erbteilung verlieren die weichen Erben ihre Eigentumsrechte im Zeitpunkt des Erbfalls kraft Gesetzes.

4) Ähnlich § 15 Bremen, § 21 Rheinland-Pfalz, Art. 3 Abs. 2 Württemberg und § 22 des Entwurfs der Bunderegierung

5) Bartholomeyczik S. 61; Günther S. 31; Bendel S. 71, der aber auf S. 72 f. den Voraus für verfassungswidrig hält.

Den Voraus kennen auch folgende AnerbenG: Hannover § 15; Westfalen § 26; Lauenburg § 15; Schaumburg § 21; Schleswig-Holstein § 11; Waldeck-Pyrmont § 22; Schaumburg-Lippe § 38; Lippe § 27; Rentengüter § 18 jeweils i. d. R. ein Drittel; Bremen § 13 und Württemberg Art. 9 jeweils ein Viertel und Baden § 10 ein Fünftel

ordnung, die nach allgemeinem Recht eintreten würde, indem er dem Hoferben einen Vermögensvorteil gewährt. Dieser wird dem Hoferben jedoch nicht unabhängig von seiner Hoferbenberechtigung zugewandt. Ein Vorausvermächtnisnehmer darf die Erbschaft ausschlagen, das Vorausvermächtnis aber annehmen.¹⁾ Schlägt aber der Hoferbe den Hof aus, dann verliert er damit automatisch auch den Voraus; denn dieser wird nur demjenigen zugebilligt, der den Hof als Erbe erwirbt. Der Voraus steht dem Hoferben daher nicht losgelöst von seinem Erbrecht zu. Ebenso wie der Einheitswert ist daher auch der Voraus lediglich ein Rechnungsfaktor bei der Erbauseinandersetzung. Der Voraus ändert die Erbanteile des BGB nicht ab, er nimmt jedoch Einfluß auf den Umfang des Nachlasses, über den sich die Erben des allgemeinen Rechts entsprechend ihren Erbanteilen auseinanderzusetzen haben.

Wenn aber die HöfeO die Erbteile des BGB nicht verändert, so ist damit gleichzeitig gesagt, daß der Hof selbst gleichfalls nicht als Erbteil angesehen werden kann.²⁾ Der dem Hoferben, der nicht Erbe nach allgemeinem Recht ist, unter Berücksichtigung der Nachlassverbindlichkeiten und der Abfindungsansprüche tatsächlich zufließende Vermögenswert kann zwar im Verhältnis zum Gesamtnachlaß bruchteilsmäßig erfaßt werden. Dennoch ist dieser Bruchteil des Nachlasses kein Erbteil im Sinne des BGB. Denn dies würde voraussetzen, daß der Hoferbe auch an dem hoffreien Nachlaß beteiligt ist. Ferner kann der Hoferbe über diesen Bruchteil am Gesamtnachlaß nicht selbständig verfügen. Auch wäre dann § 11 HöfeO überflüssig, da sich in diesem Falle das Recht auf Ausschlagung des Hofes bereits aus § 1951 BGB ergeben würde. Der Hoferbe, der nur Sondererbe ist, ist also mit einem Erbteil im Sinne des allgemeinen Rechts nicht ausgestattet.

Deshalb kann auch Staudinger-Firsching³⁾ nicht zugestimmt werden, wenn dort ausgeführt ist, daß im Hoffolgezeugnis die Größe des Erbteils (§ 2353 BGB) im Sinne einer rechnerisch nicht weiter zu bestimmenden Quote angegeben werde. Das Hoffolgezeugnis des § 18 Abs. 2 Höfeordnung, das Auskunft über die Erbfolge in den Hof geben soll, gibt einen Erbteil im Sinne des § 2353 BGB nicht an. Er weist nur eine Erbberechtigung hinsichtlich eines Teils des Nachlasses aus. Daher handelt es sich bei dem Hoffolgezeugnis auch nicht um einen Teilerbschein in dem von der Rechtsprechung entwickelten Sinne. Ebenso ist es kein gegenständlich beschränkter Erbschein gemäß § 2369 Abs. 1 BGB. Dieser Erbschein bezieht sich nur auf im Inland gelegene Vermögensteile eines Nachlasses, dessen Vererbung sich nach ausländischem Recht richtet. § 2369 Abs. 1 BGB ist mithin eine Ausnahmevorschrift, die eine entsprechende Anwendung auf das Hoffolgezeugnis nicht zuläßt. Das Hoffolgezeugnis ist vielmehr ein Erbschein eigener Art, ein Ausweis über eine Sondererbfolge⁴⁾ Dieser Erbschein kann nur mit der Bescheinigung über die Heimstättenfolge gemäß § 29 Abs. 2 AVO zum Reichsheimstättengesetz gleichgestellt werden.

Danach läßt sich feststellen, daß die Sondererbfolge des § 4 HöfeO nur die dingliche Zuordnung des allgemeinen Rechts beeinträchtigt, indem sie das Gesamthandsprinzip aufhebt. Durch die Sondererbfolge bleiben die Erbteile des BGB unangetastet. Jedoch bestimmen andere Vorschriften der HöfeO⁵⁾ den Umfang des Nachlasses und ändern damit die wertmäßige Zuordnung, die sich aus dem allgemeinen Erbrecht ergibt, ab.

1) Allg. A. vgl. Bartholomeyczik S. 265; Palandt-Keidel § 2150 Anm. 1, 3

2) Ebenso Erman-Bartholomeyczik § 1951 Anm. 6; Lange-Wulff § 11 Bem. 135; Pikalo RdL 1959, 3; Vogels § 29 RN. 3

3) § 2353 RN. 78

4) Zum Anerbenschin des REG vgl. Bartholomeyczik, 5. Denkschrift S. 328. Nach Günther S. 11 ist das Hoffolgezeugnis ein „eingeschränkter Erbschein“.

5) § 12 HöfeO. In diesem Zusammenhang muß auch § 15 Abs. 3 HöfeO genannt werden

3. Die Hoferbfolge als Universal- oder als Singularsukzession

Zu untersuchen ist noch, ob die Sondererbfolge in dem hier aufgezeigten Sinne auf Grund einer Universal- oder Singularsukzession eintritt. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst die Bestimmung und Abgrenzung dieser beiden Begriffe vonnöten.

Unter Universalsukzession (Gesamtnachfolge) ist der einheitliche Übergang mehrerer Rechtsverhältnisse als objektive Folge eines einzigen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Verfügungstatbestandes auf einen oder mehrere Erwerber zu verstehen. Die Gesamterbfolge ist mithin ein Unterfall der Universalsukzession.¹⁾ Im Gegensatz dazu ist die Singularsukzession (Einzelnachfolge) der Übergang mehrerer Rechtsverhältnisse auf einen oder mehrere Erwerber auf Grund mehrerer rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Verfügungstatbestände.²⁾ Bei der Einzelnachfolge ist also für jeden einzelnen Vermögensgegenstand ein besonderer Übertragungsakt erforderlich.

Der Hof setzt sich aus mehreren unbeweglichen und beweglichen Sachen sowie aus Rechten (z. B. Realgemeinderechtigungen) zusammen. Diese Vermögens-einheit³⁾ geht nach § 4 HöfeO kraft Gesetzes uno actu auf den Hoferben über. Der Hoferbe erwirbt den Vermögenskomplex Hof, der eine Mehrheit von Rechtsverhältnissen umfaßt auf Grund eines einzigen erbrechtlichen Verfügungstatbestandes und nicht kraft mehrerer, auf jeden einzelnen Vermögensgegenstand zugeschnittener Übertragungsakte. Da sich das hoffreie Vermögen nach allgemeinem Erbrecht vererbt, der Hof aber dennoch ein Teil des Gesamtnachlasses ist, stellt die Hoferbfolge eine auf das Hofvermögen „beschränkte Gesamterbfolge“ dar, wie sie Bartholomeyczik⁴⁾ zutreffend gekennzeichnet hat. Ähnliche Formulierungen, die mit dem hier gefundenen Ergebnis völlig übereinstimmen, finden sich bei Dölle⁵⁾ und Bosch⁶⁾, die in § 19 REG eine erbrechtliche Gesamtnachfolge in einen gegenständlich bestimmten Teil des Nachlasses oder eine spezielle Universalsukzession sehen. Die Annahme einer Sondererbfolge in diesem Sinne wird dem Wortlaut, aber auch der Ziel- und Zwecksetzung des § 4 HöfeO in jeder Beziehung gerecht.

Die beschränkte Gesamterbfolge weist wesentliche Züge der deutschrechtlichen Spezialsukzession auf. Auch dabei handelt es sich nicht um eine Singularsukzession, sondern um eine Gesamterbfolge in Sondervermögen.⁷⁾ Das Hofvermögen muß ebenfalls als Sondervermögen bezeichnet werden. Dennoch erscheint es bedenklich, mit Böhmer die Hoffolge als eine Spezialsukzession anzusehen.⁸⁾ Der Erbe der speziellen Erbfolge des deutschen Rechts haftete für Nachlaßverbindlichkeiten nur mit dem ihm zugefallenen Sondervermögen und auch nur insoweit, als die Schulden mit dem ihm angefallenen Vermögensgegenstand zusammenhingen.⁹⁾ Es handelte sich also um „eine getrennte und

1) Bartholomeyczik S. 202 f.

2) Vgl. Hübner S. 676 f. A. A. Steinhoff S. 13, der unter Berufung auf Heusler S. 534 lediglich rechtsgeschäftliche Verfügungen unter die Singularsukzession fallen läßt.

3) Vgl. Bartholomeyczik S. 13, 203 und Lange-Wulff § 4 Bem. 53, die den Ausdruck „Wirtschaftseinheit“ verwenden

4) S. 13, 203; Blomeyer S. 14 spricht von einer „besonderen Gesamtrechtsnachfolge“. Linckemann S. 21, 26, 38, bezeichnet die Erbfolge unscharf als Gesamtnachfolge. Steinhoff S. 14 nimmt eine Universalsukzession in zwei Vermögenskomplexe und Hase, ZAKfDR 1935, 961, eine Singularsukzession an.

5) S. 240

6) S. 9, ebenso Günther S. 4 als Vertreter des Systems der dinglichen Erbteilung!

7) HM: Heusler S. 577; Hübner S. 678; Mitteis-Lieberich S. 144; Planitz S. 218; Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 111

8) Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 111; ebenso Dietz S. 22; Kregel im RGRK § 1922 Anm. 25; vgl. auch Steinhoff S. 14 Anm. 3

9) Heusler S. 599; Mitteis-Lieberich S. 144

gegenständlich beschränkte Schuldenhaftung".¹⁾ Der Hoferbe haftet dagegen, auch wenn er am hofreien Vermögen nicht beteiligt ist, für alle Nachlaßverbindlichkeiten zusammen mit den anderen Erben als Gesamtschuldner (§ 15 Abs. 1 HöfeO). Da sich die Spezialsukzession und die Hofnachfolge in diesem wesentlichen Punkt unterscheiden, sollte, um Mißverständnissen vorzubeugen, die Bezeichnung der Hoferbfolge als Spezialsukzession vermieden werden.

B) Die Vereinbarkeit des Sondererbrechts mit der Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG

§ 4 HöfeO läßt als beschränkte Gesamterbfolge das an sich nach allgemeinem Recht gegebene Gesamthandseigentum der weichenden Erben am Hofvermögen nicht entstehen. Es stellt sich daher die Frage, ob § 4 HöfeO mit der Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG vereinbar ist.

Bendel²⁾, der, soweit ersichtlich, sich bisher als einziger mit dieser Frage näher befaßt hat, sieht in der Sondererbhoffolge, wenn sie in der Form der Singularsukzession (gemeint ist beschränkte Gesamterbfolge) erscheint, einen Verstoß gegen die institutionelle Garantie des Erbrechts und vertritt deshalb auch die Auffassung, der Hof falle im Erbgang zunächst der Miterbengemeinschaft zu. Der Hoferbe erlange das Alleineigentum am Hof erst im Wege einer dinglichen Erbteilung. Nach diesem System der dinglichen Erbteilung erhalte der weichende Erbe den Abfindungsanspruch als „Surrogat für nicht verwirklichtes Erbrecht“. Das sei mit Art. 14 GG zu vereinbaren. Nach dem System der Sondererbhoffolge bekomme er dagegen den Abfindungsanspruch als „Surrogat für verlorenes Erbrecht“. Eine Abfindungsforderung mit einem derartigen Charakter setze sich mit der Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG in Widerspruch. Diese Ansicht vermag schon deswegen nicht zu überzeugen, weil ihre Begründung methodisch verfehlt ist. Die HöfeO ist bekanntlich vor dem GG erlassen. Infolgedessen kann mit Hilfe der Verfassungsbestimmungen nicht auf das System der HöfeO geschlossen werden. Ebenso fehlerhaft ist die Auffassung, daß die Hofnachfolge eine dingliche Erbteilung darstellen müsse, weil andernfalls die Erbrechtsgarantie verletzt sei.

I. Untersteht die HöfeO dem Verfassungsrecht?

Die HöfeO ist sog. Besatzungsrecht. Bevor die Verfassungsmäßigkeit der Hoferbfolge untersucht werden kann, ist zunächst zu erörtern, ob die HöfeO als britische MRVO überhaupt den Verfassungsbestimmungen unterworfen ist.

Die von den Besatzungsbehörden erlassenen Gesetze und Verordnungen waren vorerst dem Grundgesetz nicht unterstellt.³⁾ Besatzungsrecht konnte daher nicht daraufhin überprüft werden, ob es mit den Grundrechten im Einklang steht.⁴⁾ Dieser Rechtszustand hat sich jedoch seit dem 5. 5. 1955 geändert. An diesem Tage hat die Bundesrepublik Deutschland die volle Souveränität erlangt. Damit ist das Besatzungsrecht in das deutsche Rechtssystem eingegliedert und der deutschen Gerichtsbarkeit im vollen Umfang unterstellt worden.⁵⁾ Davon sind jedoch die vom Kontrollrat erlassenen Gesetze und diejenigen Vorschriften ausgenommen, die nach der von der Bundesregierung getroffenen

1) Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 110

2) S. 57 ff.

3) Vgl. Nr. 7 des Besatzungstatuts vom 12. 5. 1949

4) BundesverfassungsGE 2, 124; 2, 181; 3, 369 (375); BGHZ 11, 85 (90)

5) Vgl. Art. I des Deutschlandvertrages, BGBl. II S. 306

Vereinbarung als Besatzungsrecht aufrecht erhalten bleiben (sog. versteinertes Besatzungsrecht).¹⁾ Alle übrigen, von den Besatzungsmächten geschaffenen Gesetze und Verordnungen dürfen abgeändert oder beseitigt werden. Solange die Bundesregierung insoweit nicht tätig geworden ist, bleiben auch diese Vorschriften in Kraft, allerdings mit der Maßgabe, daß die Gerichte nunmehr befugt sind, ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu überprüfen.²⁾ Die HöfeO gehört nicht zu den Gesetzen, die durch Vertrag als Besatzungsrecht fortbestehen bleiben. Da sie in vier Bundesländern einheitlich gilt, ist sie nach Art. 123 Abs. 1 GG partielles Bundesrecht.³⁾ Die HöfeO gilt danach nur weiter, wenn sie mit dem Grundgesetz im Einklang steht. Andernfalls müssen die dem Verfassungsrecht entgegenstehenden Vorschriften als nichtig angesehen werden.⁴⁾ ⁵⁾

Eine andere Auffassung läuft darauf hinaus, daß das Prüfungsrecht der Gerichte erst dann gegeben ist, wenn der Gesetzgeber von seiner Dispositionsbefugnis Gebrauch gemacht hat.⁶⁾ Diese Ansicht ist jedoch von Zweckmäßigkeitserwägungen getragen und findet im Gesetz keine Stütze.

Die Vorschriften der HöfeO unterstehen demnach seit dem 5. 5. 1955 dem GG.⁷⁾ Hält ein Gericht eine Bestimmung der HöfeO für verfassungswidrig, so darf es nicht den Rechtsstreit gemäß Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß die Vorlagepflicht sich nur auf nachkonstitutionelles Recht bezieht.⁸⁾ Damit ist klargestellt, daß sich das Prüfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nur auf die vom Bundestag verabschiedeten Gesetze erstreckt. Infolgedessen hat jedes mit den Bestimmungen der HöfeO befaßte Gericht selbständig zu entscheiden, ob die anzuwendende Vorschrift verfassungswidrig ist oder nicht.⁹⁾

II. Der Inhalt der Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG

Nach Art. 14 Abs. 1 GG wird neben dem Eigentum auch das Erbrecht gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. Art. 19 Abs. 2 GG verbietet darüber hinaus, daß ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet wird.

1) Art. 1 Abs. 1 Satz 1–3 des Überleitungsvertrages, BGBl. II S. 504

2) HM: BGH RdL 1959, 10 (12); BGH FamRZ 1959, 280 = RdL 1959, 149 = JZ 1959, 441; OLG Oldenburg NdsRpfl. 1959, 124; OLG Celle RdL 1956, 84 = FamRZ 1956, 128 = NdsRpfl. 1956, 48; AG Warendorf RdL 1957, 292 = FamRZ 1958, 431; OLG Braunschweig RdL 1957, 123 = FamRZ 1958, 431; Rütz RdL 1960, 283; Tischbein NJW 1955, 1179

3) BGH RdL 1961, 13 (15). So auch Tischbein NJW 1955, 1180, der aber Art. 123 GG nur entsprechend anwenden will, weil diese Vorschrift unmittelbar nur auf den einmaligen Vorgang des Inkrafttretens des GG zutreffe.

4) Art. 123 Abs. 1 GG. Es ist nicht etwa Art. 31 GG anzuwenden.

5) Gelegentlich wird die Auffassung vertreten, daß der Vorrang des GG gegenüber dem ehemaligen Besatzungsrecht nicht unmittelbar mit dem Inkrafttreten der Pariser Verträge eingetreten sei. Da die Bundesregierung am 5. 5. 1955 nicht in der Lage gewesen sei, das gesamte, nunmehr ihrer Gesetzgebungshoheit unterstellte Recht dem GG anzupassen, müsse ihr dazu eine angemessene Frist gewährt werden. Diese Frist sei jedoch Ende 1955 abgelaufen (Krüger DOV 1959, 497 f.). Diese Ansicht kann jedoch nicht gebilligt werden. Sie wäre nur haltbar, wenn eine entsprechende Übergangsregelung getroffen worden wäre. Da eine solche Vorschrift fehlt, hat die Bundesregierung durch die Annahme der Pariser Verträge bewußt in Kauf genommen, daß das fortgeltende, ihrer Disposition unterstellte ehemalige Besatzungsrecht verfassungswidrig sein kann. Die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit ist nicht so groß zu bewerten wie diejenige, die eintreten würde, wenn die Gerichte nach freiem Ermessen die Frist zur Abänderung des Besatzungsrechts festlegen könnten (so mit Recht OLG Oldenburg NdsRpfl. 1959, 102; AG Warendorf RdL 1957, 292).

6) Lange-Wulff § 6 Bem. 71 a, § 16 Bem. 210; Lange NJW 1957, 1504; Bergmann FamRZ 1959, 90 mit weiteren Nachweisen

7) im Ergebnis ebenso Schardey S. 33 f.

8) BVerfGE 2, 214; 4, 188

9) So mit Recht Tischbein NJW 1955, 1180; Bosch FamRZ 1959, 283

Die geschlossene Vererbung des Hofes auf nur einen Erben gemäß § 4 HöfeO kann nur gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG verstoßen, wenn den weichenden Erben jemals ein echtes Erbrecht am Hof zugestanden hat. Denn eine Erbrechtsgarantie setzt ein vom Gesetzgeber zugesprochenes Erbrecht am Hof voraus. Daran fehlt es jedoch in den Gebieten, in denen ständig die Anerbengesetzgebung und die Anerbensitte vorgeherrscht haben.

Im übrigen soll durch die Garantie des Erbrechts, wie die Entstehungsgeschichte des Art. 14 GG ergibt, in erster Linie verhindert werden, daß der Staat sich anstelle des einzelnen ein Erbrecht anmaßt und das Rechtsinstitut des privaten Erbrechts aufhebt.¹⁾ Das ist durch die Vorschrift des § 4 HöfeO zweifellos nicht geschehen. Hier ist lediglich eine in den §§ 5, 6 HöfeO näher bezeichnete Privatperson gegenüber einer anderen bevorzugt. Daneben enthält Art. 14 GG im Interesse der Rechtsgleichheit und daher zur Unterstützung und Ergänzung des Art. 3 Abs. 1 GG eine weitere Erbrechtsgarantie. Diese hat zum Inhalt, daß jede vom allgemeinen Erbrecht abweichende Einzelaktsgesetzgebung zu Lasten oder zu Gunsten einzelner Personen unzulässig ist, soweit sie mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz im Widerspruch steht. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz ist aber nicht gegeben, wenn die Abweichung vom allgemeinen Recht auf vernünftigen und in der Natur der Sache liegenden Gründen beruht und daher nicht als willkürlich erscheint.²⁾ Bejaht man aber die Notwendigkeit und Zulässigkeit eines Anerbenrechts,³⁾ dann muß man folgerichtig die damit verbundene Schlechterstellung der weichenden Erben als sachgerecht hinnehmen.^{4) 5)}

Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG ist aber insbesondere deswegen nicht verletzt, weil durch § 4 HöfeO die wertmäßige Zuordnung des Nachlaßvermögens, die nach allgemeinem Recht eintritt, nicht beseitigt worden ist. Auch nach den Bestimmungen der HöfeO, die die wertmäßige Zuordnung des BGB beeinträchtigen, werden die Erbrechte der weichenden Erben nicht ersatzlos gestrichen. Diese haben vielmehr Abfindungs- und Versorgungsansprüche. Es ist unerheblich, ob diese Ansprüche anstelle eines „nicht verwirklichten“ oder anstelle eines „verlorenen“ Erbrechts gegeben sind. Entscheidend ist vielmehr das äußere Erscheinungsbild, nämlich die Tatsache, daß den weichenden Erben anstelle des ihnen hinsichtlich des Hofvermögens nicht gewährten Erbrechts schuldrechtliche Ersatzansprüche zustehen. Da somit ihre Erbansprüche nur modifiziert sind, wird durch das Hoferbenrecht die institutionelle Garantie des Erbrechts nicht beeinträchtigt.⁶⁾ Die gesetzestechnische Ausgestaltung des Erbrechts wird durch Art. 14 Abs. 1 GG nicht zum Grundprinzip erhoben. An dem Wesensgehalt des Erbrechts wird nur gerüttelt, wenn den weichenden Erben kein angemessener Anteil am Nachlaß zukommt.⁷⁾ Die Abfindungsansprüche können aber trotz der (Unter-) Bewertung des Hofes mit dem Einheitswert, der Regelung über die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten im Innenverhältnis und des dem Hoferben zugebilligten Voraus noch als angemessen bezeichnet werden. Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG liegt daher nicht vor.

1) Staudinger-Böhmer Einl. § 7 RN. 23 f., § 23 RN. 5; Böhmer, Grundrechte, S. 410 f.; Wernicke Art. 14 Anm. II 3

2) Böhmer, Grundrechte, S. 408; Staudinger-Böhmer Einl. § 23 RN. 6 f.; Wernicke Art. 14 Anm. II 3

3) Vgl. Art. 64 EGBGB

4) Bergmann FamRZ 1959, 88; Böhmer aaO.; Dürig NJW 1959, 1174. Vgl. auch Baur JZ 1959, 443

5) Im übrigen stellt auch die Pflichtteilsregelung keinen Eingriff in die institutionelle Garantie des Erbrechts dar.

6) Anders wohl bei den Versorgungsrechten der weichenden Erben nach §§ 30, 31 REG

7) Böhmer, Grundrechte, S. 417 f.

C) Das Verhältnis des Hoferben zu den übrigen Erben

I. Werden die fehlenden Eigentumsrechte der weichenden Erben durch Surrogat ersetzt?

Die Frage, ob zwischen dem Hoferben und den weichenden Erben hinsichtlich des Hofvermögens eine Miterbengemeinschaft vorliegt, ist bereits gestreift worden.¹⁾ Obwohl der Gesetzgeber den Hoferben und die weichenden Erben als Miterben bezeichnet, steht ihnen an dem Hof kein gesamthänderisches Eigentum zu. Es muß daher geprüft werden, ob trotz fehlender gesamthänderischer Berechtigung von einer Miterbengemeinschaft gesprochen werden kann. Der Auffassung, daß die kraft Gesetzes ausgeschlossenen Miteigentumsrechte der weichenden Erben durch den Hofeswert ersetzt werden²⁾, kann allerdings nicht gefolgt werden. Das Surrogationsprinzip, nach dem ein Gegenstand an die Stelle eines anderen tritt, gilt nur für einzelne im Gesetz bestimmte Fälle. Ein allgemeines erbrechtliches Surrogationsprinzip gibt es nicht.³⁾ Zwar tritt nach § 4 Satz 2 HöfeO der Hofeswert im Verhältnis der Miterben untereinander⁴⁾ an die Stelle des Hofes. Durch diese Bestimmung wird jedoch eine Surrogation nicht herbeigeführt. Der Hofeswert ersetzt nicht den Hof in der gesamthänderischen Eigentumsbindung. § 4 Satz 2 HöfeO regelt nur das Verhältnis der „Miterben“ untereinander, nicht aber Dritten gegenüber. Damit sind die Voraussetzungen für eine dingliche Surrogation nicht erfüllt.

Im übrigen wäre der Wert des Hofes als Surrogationsgegenstand auch nicht geeignet. Die gesamthänderische Berechtigung der Miterben kann nur an Rechtsobjekten bestehen. Objekt (Gegenstand) eines Rechtsverhältnisses kann nur ein Gut sein, über das der Berechtigte kraft eines Rechtsverhältnisses Macht hat.⁵⁾ Das ist aber bei dem Hofeswert nicht der Fall. Der Wert ist kein rechtlicher, sondern ein volkswirtschaftlicher Begriff. Es ist der Grad der Brauchbarkeit eines Gegenstandes gemessen am Geld.⁶⁾ Das Vermögen wird demgemäß durch den Wert der zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefaßten Gegenstände gebildet. An Vermögensteilen können jedoch dingliche Rechte nicht begründet werden. Selbst das Vermögen als Ganzes ist nicht Gegenstand eines einheitlichen Eigentumsrechts.⁷⁾ Der Hofeswert kann daher nicht im Wege der dinglichen Surrogation in die gesamthänderische Berechtigung der übrigen Miterben treten.⁸⁾

Das gleiche gilt aber auch für die Abfindungsansprüche der weichenden Erben.⁹⁾ Diese Forderungen werden zwar den übrigen Erben als Ersatz dafür gewährt, daß sie von der Erbfolge in den Hof ausgeschlossen sind. Als Surrogat für den Hof kommen die Abfindungsansprüche aber vor allem deswegen nicht in Betracht, weil sie nicht gesamthänderisch allen Erben zustehen, sondern jedem allein als ein eigener selbständiger Anspruch.¹⁰⁾ Es handelt sich

1) Vgl. Abschnitt A) II 5.

2) So Schultz S. 49; Günther S. 84; Kühl S. 26; so wohl auch Lange-Wulff, 4. Aufl. § 4 Bem. 56, § 15 Bem. 200 S. 311; anders in der 5. Aufl.

3) BGH NJW 1960, 1906 (1907); Bartholomeyczik S. 34

4) Der Zusatz „untereinander“ fehlt im § 22 des Entwurfs der Bundesregierung

5) Lehmann S. 345

6) Enneccerus-Nipperdey § 134 I

7) Staudinger-Coing § 90 Vorbem. 16; Enneccerus-Nipperdey § 131 I

8) Im Ergebnis ebenso Steinhoff S. 23

9) A. A. Kühl S. 26, wenn er sagt: Im Innenverhältnis der Miterben traten somit an die Stelle der Gemeinschaftsrechte die Abfindungsansprüche gegen den Auerben. Lange-Wulff § 4 Bem. 56, § 16 Bem. 212 g: Die Abfindung ist der in Geld umgewandelte Erbteil der Miterben. Folgerichtig nehmen sie in § 12 Bem. 140 eine echte Erbengemeinschaft an. Wäre diese Meinung richtig, so könnte mit Rücksicht auf den Pflichtteilsanspruch auch zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten eine Erbengemeinschaft angenommen werden.

10) So mit Recht Steinhoff S. 23

insoweit nicht um einen Anspruch des Nachlasses, sondern um einen Anspruch des Eigenvermögens des weichenden Erben gegen den Nachlaß, wenn auch nur gegen den Träger des Sondervermögen Hof. Dieses Sondervermögen ist Bestandteil des Nachlasses und seinen Träger trifft die persönliche Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten, die auf diesem Sondervermögen lasten.

II. Besteht zwischen Hoferben und übrigen Erben eine atypische Miterbengemeinschaft?

Die Tatsache allein, daß die übrigen Erben weder am Hof selbst noch an einem für ihn eintretenden Ersatzgegenstand gesamthänderische Rechte innehaben, schließt die Annahme einer Miterbengemeinschaft zwischen Hoferben und weichenden Erben jedoch noch nicht endgültig aus.¹⁾ Es ist vielmehr zu prüfen, ob es für den Bestand einer Miterbengemeinschaft unerlässlich ist, daß der gesamte Nachlaß im Gesamthandseigentum aller Miterben steht, wie es §§ 1922 Abs. 1, 2032 BGB für die Miterbengemeinschaft des BGB voraussetzen.

Dem geltenden Recht sind außer der Miterbengemeinschaft zwei weitere Formen der Gesamthandsgemeinschaft bekannt: die eheliche Gütergemeinschaft und die Gesellschaften, und zwar sowohl die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als auch die Gesellschaft des Handelsrechts. Für die Beantwortung der gestellten Frage ist von Bedeutung, wie das Gesamthandsprinzip bei diesen beiden Rechtsgebilden durchgeführt ist.

Dieser Vergleich verbietet sich nicht etwa deswegen, weil die Gesellschaft und die eheliche Gütergemeinschaft auf Grund eines Gesellschafts- bzw. Ehevertrages begründet werden, während die Erbengemeinschaft kraft Gesetzes entsteht und weder durch vertragliche Vereinbarung neu geschaffen noch nach erfolgter Auseinandersetzung wiederhergestellt werden kann.²⁾ Unterschiede ergeben sich insoweit zwar bei der Entstehung, nicht aber bei der Ausgestaltung dieser Gemeinschaften. Nachdem die Erbengemeinschaft ins Leben gerufen worden ist, zeigen sich bei ihr hinsichtlich der gemeinsamen Bindung gegenüber der ehelichen Gütergemeinschaft und der Gesellschaft keine so wesentlichen Besonderheiten, daß ein Vergleich ausgeschlossen wäre. Im Gegenteil, da die Erbengemeinschaft zur Auflösung drängt, besteht bei ihr eine weniger enge Bindung der Miterben untereinander.³⁾

1. Die Erbengemeinschaft im Vergleich mit der ehelichen Gütergemeinschaft

Ehegatten haben nach den §§ 1363 Abs. 1, 1415, 1408 BGB die Möglichkeit, durch Ehevertrag den ehelichen Güterstand der Gütergemeinschaft zu vereinbaren. Dadurch werden das Vermögen des Mannes und das der Frau gemäß § 1416 Abs. 1 BGB gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut), wobei sich der Eigentumsübergang durch Universalsukzession vollzieht (§ 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das bewirkt, daß, solange die Gütergemeinschaft besteht, sämtliche Vermögensgegenstände beiden Ehegatten gehören. Die eheliche Gütergemeinschaft ist daher scheinbar ohne ein einheitliches Gesamtgut nicht denkbar. Von diesem, dem § 1416 BGB zu entnehmenden Grundsatz hat jedoch das Gesetz selbst Ausnahmen zugelassen. Vom

1) So mit Recht KG JW 1938, 3171. A. A. die überwiegende Meinung: BGHZ 28, 194 (199) = NJW 1958, 2114 = RdL 1958, 317 = MDR 1959, 32; KG JW 1938, 1411; Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 148; Kregel im RGRK § 2032 Anm. 12; Vogels Einl. II S. 120, vgl. aber § 19 RN. 2; Wöhrmann § 15 Anm. III 2, vgl. aber § 4 Anm. II 2; Linckelmann S. 19 f.; Binder S. 221 ff. 224, 230; Steinhoff S. 11, 28; Blomeyer S. 120; Müller-Wilm S. 12

2) KG OLG 5, 357; KG DNotZ 1952, 84; OLG Düsseldorf Rpfl. 1952, 243; Kregel im RGRK § 2032 Anm. 8, § 2042 Anm. 11; Kipp-Coing § 114 II

3) Protokolle V S. 838; Kregel im RGRK § 2032 Anm. 4; Staudinger-Lehmann § 2032 RN. 9

Gesamtgut ist das Sondergut nach § 1417 BGB ausgeschlossen. Sondergut sind solche Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können. Von dem Gesamtgut ist ferner das Vorbehaltsgut ausgenommen (§ 1418 BGB). Darunter fallen Gegenstände, die durch den Ehevertrag zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten erklärt worden sind (§ 1418 Abs. 2 Satz 1 BGB), oder Gegenstände, die ein Ehegatte von Todes wegen erwirbt oder die ihm von einem Dritten unentgeltlich zugewendet werden, sofern in der letztwilligen Verfügung oder bei der Zuwendung bestimmt worden ist, daß die dem Ehegatten übertragenen Gegenstände Vorbehaltsgut sein sollen (§ 1418 Abs. 2 Satz 2 BGB), und außerdem Gegenstände, die im Wege der Surrogation an die Stelle von Vorbehaltsgut treten (§ 1418 Abs. 2 Satz 3 BGB). Das Gesetz lockert mithin, um den Interessen der einzelnen Ehegatten Rechnung tragen zu können, den von ihm aufgestellten Grundsatz der Einheitlichkeit des Gesamtvermögens auf mit der Folge, daß bei Vereinbarung einer ehelichen Gütergemeinschaft fünf verschiedene Vermögensmassen entstehen können: einmal das Gesamtvermögen beider Ehegatten, zum anderen das Sondergut und das Vorbehaltsgut jeweils in der Hand eines Ehegatten. Eine strikte Durchführung des Gesamthandsprinzips läßt sich danach für den Bereich des Familienrechts nicht feststellen, und zwar vor allem deswegen nicht, weil sowohl jeder Ehegatte als auch Dritte Einfluß darauf nehmen können, ob ein bestimmter Gegenstand zum Gesamthandsvermögen zählt oder nicht. Eine Durchbrechung dieses Prinzips läßt sich aber nur insofern ermitteln, als der Gesetzgeber selbst den Grundsatz der Einheitlichkeit des Gesamtguts nicht gewahrt hat. Dagegen ist es ausgeschlossen, eine Gütergemeinschaft ohne jegliches künftiges Gesamthandsvermögen zu begründen. Die Eheleute können in dem ehelichen Gütervertrag also nicht vereinbaren, daß das ihnen oder einem allein gehörige Vermögen Vorbehaltsgut sein soll.¹⁾ Die Gütergemeinschaft als einziger gesetzlicher Wahlgüterstand soll die Möglichkeit bieten, im echten Gegensatz zum gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft einen Ehevertrag zu schließen, nach dem, wie der Name des Güterstands bereits sagt, die Güter beider Ehegatten gemeinschaftliches Eigentum der Vertragspartner werden. Das Wesen der Gütergemeinschaft besteht darin, die Lebensgemeinschaft auch zu einer Vermögensgemeinschaft werden zu lassen. Eine Gütergemeinschaft ohne jegliches Gesamthandsvermögen ist folglich mit dem Charakter dieses Güterstandes unvereinbar. Die eheliche Gütergemeinschaft läßt daher nicht den Schluß zu, daß das Gesamthandseigentum nicht notwendige Voraussetzung für eine Gesamthandsgemeinschaft ist. Dies folgt im übrigen aus dem numerus clausus der Güterstände. Demgegenüber läßt das Gesellschaftsrecht Raum für die Vertragsgestaltung.²⁾

2. Die Erbengemeinschaft im Vergleich mit der Gesellschaft

Bei der Gesellschaft bietet sich ein insoweit mit der Miterbengemeinschaft eher vergleichbares Bild. Gemäß § 718 Abs. 1 BGB werden die Beiträge der Gesellschafter und die für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Bei der bürgerlichen Gesellschaft und gemäß § 105 Abs. 2 HGB auch bei der handelsrechtlichen Gesellschaft herrscht somit das Gesamthandsprinzip vor. Das gilt jedoch nicht für die Stille Gesellschaft der §§ 355 ff. HGB. Der stille Gesellschafter erhält keine Gesamthandseigentumsrechte am Gesellschaftsvermögen (§ 355 Abs. 1 HGB). Im Hinblick auf diese gesetzliche Bestimmung hat die Rechtsprechung von Anfang an die Vorschriften über die gesamthänderische Bindung des Gesell-

1) A. A. Binder S. 222, nach dem Vorbehaltsgut beliebig vereinbart werden kann. Wie hier aber HM: KG DR 1941, 2196; BayObLG 3, 562; Palandt-Lauterbach § 1418 Anm. 2: Ein Zusammenschluß der beiderseitigen Vermögen zumindest in ihren wesentlichen Teilen.

2) Vgl. Plum S. 139 ff., 190

schaftsvermögens als dispositives Recht angesehen.¹⁾ Diese Rechtsprechung hat in der Praxis die Entwicklung von insbesondere drei Gesellschaftstypen ermöglicht, die von dem Grundsatz des Gesamthandseigentums abweichen.

- a) Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, daß die Bildung von Gesamthandsvermögen ausgeschlossen sein soll und daß die von der Gesellschaft erworbenen Gegenstände den Gesellschaftern zu Bruchteilen zustehen sollen.²⁾
- b) Es ist aber auch ein Gesellschaftsvertrag des Inhalts zulässig, daß rechtlich überhaupt kein Gesamthandseigentum oder Miteigentum der Gesellschafter entsteht. Das Gesellschaftsvermögen gehört dann nur einem einzelnen oder nur einigen Gesellschaftern. Die übrigen Mitglieder haben aber, wenn sie aus der Gesellschaft ausscheiden, einen schuldrechtlichen Anspruch darauf, wertmäßig im Innenverhältnis so gestellt zu werden, als ob das Geschäftsvermögen gesamthänderisches Eigentum aller Gesellschafter sei.³⁾ Diese Gesellschaftsform wird allgemein als Innengesellschaft bezeichnet.
- c) Schließlich ist es denkbar, daß eine Gesellschaft gegründet wird, bei der nicht nur gemeinschaftliches Vermögen fehlt, sondern auch eine wirtschaftliche Beteiligung der einzelnen Gesellschafter an dem Geschäftsvermögen, das nur ein Gesellschafter zu Alleineigentum hat, nicht gewollt ist.⁴⁾

In allen drei Fällen wird trotz des nicht vorhandenen Gesamthandseigentums eine Gesellschaft angenommen. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß die übrigen wesentlichen Merkmale dieser Gemeinschaftsform vorliegen.

3. Zusammenfassung

Damit ist der Nachweis erbracht, daß im Gesellschaftsrecht Gesellschaften ohne Gesamthandsvermögen bestehen können. Was für die Gesellschaft gilt, muß auch für die Miterbengemeinschaft gelten. Dem steht nicht entgegen, daß eine eheliche Gütergemeinschaft ohne gesamthänderisches Vermögen nicht existieren kann; denn die Gütergemeinschaft bewirkt eine ungleich engere Bindung der Ehegatten an das Gesamtgut, als dies im Gesellschafts- und Erbrecht zwischen den Mitgliedern und dem Vermögen der Fall ist. Dies kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, daß im Gegensatz zu der Regelung bei der Miterbengemeinschaft (§ 2033 Abs. 1 BGB) keiner der Ehegatten über seinen Anteil am Gesamtgut verfügen kann (§ 1419 Abs. 1 BGB). Auch ist keiner von ihnen berechtigt, die Auseinandersetzung zu verlangen; ja, er hat nicht einmal das Recht, wie ein Gesellschafter vermögensrechtliche Ansprüche zu übertragen. Ein Gesellschafter, dem zwar auch die Verfügung über höchstpersönliche Rechte versagt ist, ist immerhin in der Lage, Verfügungen über solche Forderungen zu treffen, die ihm aus seiner Geschäftsführung zustehen, soweit diese vor der Auseinandersetzung fällig sind; ferner darf er seinen Gewinnanteil und sein Auseinandersetzungsguthaben übertragen (§ 717 BGB). Daher ist der wegen der insoweit gleichartigen Gesetzeslage sich anbietende Vergleich zwischen dem Gesellschafts- und Erbrecht trotz der entgegenstehenden Regelung im ehelichen Güterrecht statthaft. Die freie Übertragbarkeit der Erbanteile zwingt sogar zu der Annahme, daß bei der Erbengemeinschaft die gesamthänderische Bindung am wenigsten ausgeprägt ist.

1) RG vom 11. 10. 1905 SeuffA 51 Nr. 107

2) Staudinger-Geiler-Keßler Vorbem. 45 a vor § 705; Enneccerus-Lehmann § 175 IV 1

3) RGZ 142, 13 (21); RGZ 166, 160 (163); BGHZ 12, 314; BGH NJW 1960, 428; Staudinger-Geiler-Keßler Vorbem. 45 b vor § 705; Enneccerus-Lehmann § 175 IV 1

4) RGZ 142, 13 (21); Staudinger-Geiler-Keßler Vorbem. 45 e vor § 705

4. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Gesamthand

Auch die rechtshistorische Entwicklung der Gesamthand zeigt, daß das Gesamthandseigentum kein so wesentliches Element der Erbengemeinschaft ist, daß diese mit der Gesamthand steht und fällt.

Da dem römischen Recht der Begriff der Gesamthand fremd war, kann ihr Ursprung nur im germanischen Recht gesucht werden. Die herrschende Meinung führt die Gemeinschaft zur gesamten Hand auf das altgermanische Familienrecht zurück und sieht ihre Wurzeln in der Institution der Hausgemeinschaft.¹⁾ Nach einer anderen Ansicht liegt der Ursprung der Gesamthand in den Markgenossenschaften. Dem steht aber die bemerkenswerte Tatsache gegenüber, daß das deutsche Recht die Gesamthandsgemeinschaft bis zum Inkrafttreten des BGB nicht kodifiziert hat. Es bestand allerdings für das Pr. ALR Einigkeit darüber, daß die Erbengemeinschaft nicht mit der des römischen Rechts gleichzusetzen sei. Offiziellen Charakter erhielt diese Auffassung aber erst durch die Reskriptendoktrin des Pr. Justizministers vom 13. 4. 1838 und vom 13. 5. 1838.²⁾ Im Anschluß daran erging der für die Folgezeit einflußreiche und bedeutsame Plenarbeschluß des Pr. Obertribunals vom 16. 3. 1857.³⁾ In dieser Entscheidung wurden erstmals die Unterschiede der Erbengemeinschaft des ALR zu der römischrechtlichen Bruchteilsgemeinschaft herausgestellt. Das Reichsgericht hat die Ausführungen des Pr. Obertribunals in mehreren Entscheidungen ausdrücklich gebilligt.⁴⁾

Dennoch hatte sich Ende des 19. Jahrhunderts die Idee der Gesamthand noch so wenig durchgesetzt, daß den Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen nach den §§ 2157, 762 ff. des 1. Entwurfs zum BGB ein ihrem Erbteil entsprechender Bruchteil zustehen sollte. Dieser Vorschlag wurde zwar bei der zweiten Lesung wieder fallengelassen. Wenn aber der Gedanke der Gesamthandsgemeinschaft von den deutschen Gesetzen zunächst völlig unberücksichtigt gelassen wurde und erst während der Beratungen des Entwurfs des BGB Eingang in die Gesetzgebungsarbeit fand, dann kann die Gesamthand im geltenden Recht nicht als ein so tragendes Element der Erbengemeinschaft angesehen werden, daß diese ohne ein Gesamthandsvermögen überhaupt nicht vorstellbar wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, daß das Gesamthandsprinzip in der Erbengemeinschaft erst unter dem BGB Gestalt und Form angenommen hat. Diese Ansicht wird dadurch bestärkt, daß über die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft und insbesondere über den Anteil des einzelnen Miterben an dem Nachlaß sowie den einzelnen Nachlaßgegenständen in der Literatur lange Zeit ein heftiger Meinungsstreit herrschte.⁵⁾ Die rechtshistorische Entwicklung der Gesamthand verbietet demnach einen Vergleich mit den anderen Gesamthandsgemeinschaften des BGB, insbesondere mit der Gesellschaft, nicht. Dies muß umso mehr gelten, als auch das Gesamthandsprinzip der germanischen Familien- und Hausgemeinschaft nicht streng durchgeführt war. Zu dieser Gemeinschaft zählten auch die Frauen und Töchter. Deren Rechte an dem Vermögen der Gemeinschaft waren aber geringer als die der Söhne. Die Rechtsstellung der Söhne war aber wiederum nicht so umfassend wie die der Väter.

1) Hübner S. 140; Koch S. 30 f.; O. v. Gierke S. 818 ff.

2) Abgedruckt in Kanptz Jahrbuch Bd. 51, 364

3) Bd. 35, 352

4) RGZ 9, 272; 16, 253

5) Vgl. über den Stand der Meinungen RGZ 65, 227 (232); Staudinger-Lehmann § 2032 RN. 6 ff.; Koch S. 34 ff. Man unterscheidet drei Ansichten: die Theorie der geteilten Mitberechtigung, die Theorie der Anteile kraft Personenrechts und die Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung. Dieser Theorienstreit ist heute nur noch von geschichtlicher Bedeutung.

III. Die übrigen Merkmale einer Erbengemeinschaft

Aus den bisherigen Ausführungen folgt, daß der Charakter einer Erbengemeinschaft für eine Gemeinschaft nicht schon deswegen verneint werden darf, weil ihr ein Gesamthandsvermögen fehlt. Dagegen kann nicht der Einwand erhoben werden, daß die Miterbengemeinschaft sich nach allgemeiner Ansicht¹⁾ auflöst, sobald das gesamte gemeinschaftliche Vermögen auf die einzelnen Miterben verteilt worden ist. Diese Rechtslage kann nur für die typische Erbengemeinschaft gelten. Nach der Aufteilung des Gesamthandsvermögens bestehen in der Regel unter den einzelnen Miterben keinerlei rechtliche Beziehungen mehr. Denn nach § 2046 BGB sind bei der Auseinandersetzung zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen. Die zwischen den Miterben bestehenden Anrechnungs- und Ausgleichspflichten werden bei der Auseinandersetzung berücksichtigt.

Auch eine typische Gesellschaft löst sich auf, wenn sich die einzelnen Gesellschafter bei der Liquidation über das gesamthänderische Vermögen auseinandergesetzt haben. Für die oben erwähnten atypischen Formen der Gesellschaft kommt diese Folge jedoch nicht in Betracht. Es kann hier nicht um den Nachweis gehen, daß zwischen dem Hoferben und den weichenden Erben hinsichtlich des Hofvermögens eine Erbengemeinschaft in ihrer typischen Erscheinungsform vorliegt. Bei dem Verhältnis dieser Personen zueinander kann es sich allenfalls um eine Abart der Erbengemeinschaft des BGB handeln. Um aber eine der Erbengemeinschaft gleichstehende Rechtsform annehmen zu können, müssen die übrigen wesensmäßigen Bestandteile dieser Gemeinschaft gegeben sein, wenn schon ein Gesamthandsvermögen an dem Nachlaßteil Hof nicht besteht. Es bedarf daher der Untersuchung, ob trotz des fehlenden gemeinschaftlichen Vermögens eine der Miterbengemeinschaft eigentümliche Zweckbindung des Hoferben und der weichenden Erben vorhanden ist.

1. Die gemeinsame Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten

Nach § 2058 BGB haften die Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner. Dieselbe Verpflichtung trifft den Hoferben und die übrigen Erben, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um Hofschulden handelt oder nicht. Nach § 15 Abs. 1 HöfeO haftet der Hoferbe, auch wenn er an dem übrigen Nachlaß nicht beteiligt ist, für sämtliche Nachlaßschulden als Gesamtschuldner. Aus der Bestimmung über die gesamtschuldnerische Haftung folgt zwangsläufig, daß auch die weichenden Erben für alle Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen haben. Mit Rücksicht darauf, daß der Gesetzgeber sie als Miterben ansieht, bedurfte es – aus dieser Sicht konsequent – für sie keiner besonderen Haftungsnorm. Ihre Haftungspflicht ergibt sich ohne weiteres aus den §§ 1967 und 2058 BGB.

Sowohl der Hoferbe als auch die übrigen Erben sind nicht gehindert, von den Haftungsbeschränkungsmitteln des BGB Gebrauch zu machen (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, Nachlaßvergleich, Gläubigeraufgebot, Erschöpfungseinrede).²⁾

Damit sind bereits zwei wesentliche Übereinstimmungen mit der Erbengemeinschaft des BGB festzustellen: die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten und die Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung.

Für das Innenverhältnis ist allerdings im § 15 HöfeO eine dem § 2046 Abs. 1

1) Vgl. statt aller BGH DNotZ 1955, 406 (408); Kregel im RGRK § 2042 Anm. 11; Koch S. 74, 77, 173

2) Wöhrmann § 15 Anm. II 2; Lange-Wulff § 15 Bem. 200 S. 263 unten

BGB entgegengesetzte Haftungsregelung getroffen.¹⁾ Die Nachlaßverbindlichkeiten einschließlich der auf dem Hof lastenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, jedoch mit Ausnahme der auf dem Hof ruhenden sonstigen Lasten – wie Altenteil und Nießbrauch –, sind aus dem hoffreien Vermögen zu berichtigen, soweit dieses dazu ausreicht (§ 15 Abs. 2 HöfeO).²⁾ Ist dies nicht der Fall, so ist der Hoferbe den weichenden Erben gegenüber verpflichtet, die Nachlaßschulden allein zu tragen und die übrigen Erben davon freizustellen (§ 15 Abs. 3 HöfeO).³⁾

Diese ausschließlich das Innenverhältnis betreffende Besonderheit steht mit dem Charakter einer Erbengemeinschaft nicht im Widerspruch, denn diesen Fall sieht auch das allgemeine Recht vor. Nach § 2046 Abs. 2 BGB sind die Nachlaßverbindlichkeiten, sofern sie allen Miterben zur Last fallen, nur aus dem Vermögen zu berichtigen, das den haftenden Miterben bei der Erbausein- andersetzung zukommt.⁴⁾

2. Die Anrechnungs- und Ausgleichspflichten zwischen Hoferben und übrigen Erben

Abkömmlinge des Erblassers sind, soweit sie zu den gesetzlichen Erben gehören oder vom Erblasser durch eine letztwillige Verfügung zu ihrem gesetzlichen Erbteil oder im Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile zu Miterben berufen sind, nach den §§ 2050–2057 BGB zum Ausgleich der erhaltenen Vorempfänge verpflichtet. Demgegenüber bestimmt § 12 Abs. 4 HöfeO, daß sich der weichende Erbe auf seinen Abfindungsanspruch dasjenige anrechnen lassen muß, was er oder sein vor dem Erbfall weggefallener Eltern- oder Großelternteil vom Erblasser als Abfindung aus dem Hofvermögen erhalten hat. Für den Hoferben bestimmt dagegen § 12 Abs. 8 HöfeO, daß dieser, sofern er durch eine Zuwendung, die er nach § 2050 BGB auszugleichen hat, mehr als $\frac{7}{10}$ des nach Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Hofwertes erhalten hat, entgegen § 2056 BGB zur Herausgabe des Mehrbetrages verpflichtet ist.

Durch die Vorschrift des § 12 Abs. 8 HöfeO ist klargestellt, daß der Hoferbe in jedem Falle zum Ausgleich der Vorempfänge verpflichtet ist; andernfalls wäre die Bezugnahme auf die Ausgleichsbestimmungen des BGB sinnwidrig. Im Gegensatz dazu herrscht ein heftiger Meinungsstreit darüber, ob der weichende Erbe die im § 12 Abs. 4 HöfeO bezeichneten Vorempfänge sich nur anrechnen lassen muß oder ob er insoweit auch ausgleichspflichtig ist. Durch eine Ausgleichspflicht wird er in der Regel begünstigt, weil dann die Vorempfänge zum Gesamtnachlaß zu rechnen sind. Der herrschenden Meinung⁵⁾,

1) ähnlich Rheinland-Pfalz § 25, Württemberg Art. 5; vgl. auch § 33 des Entwurfs der Bundesregierung; anders Bremen § 15

2) Für diese dinglichen Forderungen sind die weichenden Erben entgegen Müller-Wilm S. 11, 33 im Außenverhältnis nicht passiv legitimiert.

3) Daraus folgt nun aber nicht, wie Schultz S. 67 meint, eine Verpflichtung der weichenden Erben dem Hoferben gegenüber auf Geltendmachung der Haftungsbeschränkung. Wäre dem so, dann wäre § 15 Abs. 3 HöfeO überflüssig. In diesem Fall wäre ein Erstattungsanspruch gar nicht denkbar. Schultz übersieht vor allem, daß dem Hoferben an der Haftungsbeschränkung der weichenden Erben nichts gelegen sein kann, da er mit dem Hof für alle Nachlaßschulden haftet.

4) Die Vorschrift des § 15 HöfeO gilt auch für Nachlaßverbindlichkeiten eines weichenden Erben. Der Hoferbe kann daher ihm gegenüber keine Einrede aus § 426 BGB entgegensetzen, BGHZ 31, 394 = NJW 1960, 816 = RdL 1960, 100

5) BGHZ 4, 341 = NJW 1952, 424 = RdL 1952, 100; BGH vom 29. 12. 1952 – V Blw 57/50 –; BGH RdL 1952, 272; Tasche RdL 1956, 33 ff.; Lange-Wulff § 12 Bem. 162. A. A. OLG Oldenburg RdL 1950, 261; Wöhrmann § 12 Anm. V S. 170, Nachtrag § 12 S. 12; derselbe RdL 1952, 102, RdL 1956, 37; Bulling RdL 1952, 274

die eine Ausgleichspflicht bejaht, ist der Vorzug zu geben. Der BGH¹⁾ weist mit Recht darauf hin, daß es als ausgeschlossen gelten muß, daß der Gesetzgeber, der im § 12 Abs. 8 HöfeO die Ausgleichsbestimmungen des BGB übernommen und sogar erweitert hat, innerhalb derselben Vorschrift die Anwendung der §§ 2050 ff. BGB ablehnen wollte. Dafür besteht auch kein einleuchtender Grund. Eine Besserstellung des Hoferben ist insoweit nicht gerechtfertigt. Vor allem aber hat Tasche²⁾ mit eingehender Begründung nachgewiesen, daß in fast allen Anerbengesetzen, die bei der Beratung und Abfassung der HöfeO Pate gestanden haben, ebenfalls eine Ausgleichspflicht der weichenden Erben geregelt war.³⁾ Hoferbe und weichender Erbe sind danach untereinander ausgleichspflichtig, wobei sich jedoch aus § 12 Abs. 4 und 8 HöfeO Abweichungen gegenüber dem allgemeinen Recht ergeben.

IV. Ergebnis

Neben der gesamtschuldnerischen Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten und der Möglichkeit zur Beschränkung dieser Haftung besteht somit zwischen Hoferben und übrigen Erben als drittes Merkmal, das nur der Erbengemeinschaft eigentümlich ist, die Anrechnungs- und Ausgleichspflicht. Weitere Parallelen zur Erbengemeinschaft des BGB können allerdings nicht gezogen werden; denn die übrigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Miterbengemeinschaft setzen gesamthänderisches Eigentum am Nachlaß, das ist hier das Hofvermögen, voraus. So sind die §§ 2032–2041 BGB nicht anwendbar, da den weichenden Erben unmöglich Verfügungs- oder Verwaltungsrechte am Hof zustehen können. Desgleichen ist eine Auseinandersetzung im Sinne des § 2042 BGB ausgeschlossen. Dennoch besteht zwischen dem Hoferben und den weichenden Erben infolge der gesamthänderischen Schuldenhaftung, der Haftungsbeschränkungsmöglichkeit und der Ausgleichspflicht für Vorempfänge ein rechtliches Band, das das Gesetz sonst nur bei Miterben kennt.

Der Entschluß, insoweit eine der Erbengemeinschaft vergleichbare Bindung anzunehmen, wird dadurch erleichtert, daß bei dem rechtlichen Verhältnis zwischen dem Hoferben und den weichenden Erben hinsichtlich des Hofvermögens die rechtspolitische Zielsetzung, die mit der gesamthänderischen Regelung erreicht werden soll, noch als verwirklicht angesehen werden kann. Die gesamthänderische Bindung sucht, worauf Bartholomeyczik⁴⁾ aufmerksam gemacht hat, vornehmlich in vierfacher Weise auf die Beziehungen der Erben untereinander einzuwirken.

1. Es soll verhindert werden, daß ein Nichterbe ohne Zustimmung der übrigen Erben eine Mitberechtigung an einzelnen Nachlaßgegenständen erwirbt.
2. Um eine wirtschaftliche Entwertung des Nachlasses zu verhindern, soll nur der rechtlich ungeteilte Nachlaß veräußert werden können.
3. Jeder Miterbe soll solange in der Erbengemeinschaft festgehalten sein, bis alle Miterben wegen ihrer Ansprüche aus der Gemeinschaft befriedigt sind und jeder Erbe mit seinem Teil zu der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten beigetragen hat.
4. Die gesamtschuldnerische Haftung der Erben und die gesamthänderische Bindung des Nachlasses soll es den Nachlaßgläubigern erleichtern, ihre Ansprüche gegen den Nachlaß durchzusetzen.

1) RdL 1952, 101

2) RdL 1956, 33 ff.

3) § 23 Westfalen, § 16 Hannover, § 28 Lippe, § 11 Braunschweig, § 16 Waldeck-Pyrmont, § 31 Schaumburg-Lippe, § 19 RentengüterO

4) 4. Denkschrift, Miterbengemeinschaft, S. 134

Diese Aufgaben der gesamthänderischen Bindung treten bei dem Hof als Nachlaß entweder nicht auf oder aber sie werden durch Sondervorschriften (§ 15 HöfeO) erfüllt.

Im übrigen wird die Gesamthand, die zwar in der Regel einen Vermögenskomplex zum Gegenstand hat, nicht durch die Sache selbst geprägt, sondern durch den Bereich des sachlichen Objektes (Vermögen), durch die personenrechtliche Gemeinschaft und ihre Entwicklung.¹⁾

Es ist daher gerechtfertigt, das Verhältnis zwischen Hoferben und weichenden Erben auch hinsichtlich des Hofvermögens als Erbengemeinschaft zu bezeichnen.²⁾ Da dieser Gemeinschaft jedoch ein gesamthänderisches Vermögen fehlt, handelt es sich um eine atypische Erbengemeinschaft. Das bedeutet, daß an einem Nachlaß zwei Erbengemeinschaften bestehen können, nämlich eine echte am hoffreien Vermögen, an der auch der Hoferbe beteiligt ist, wenn er gleichzeitig nach allgemeinem Recht zum Erben berufen ist, und eine atypische am Hofvermögen. Diese atypische Erbengemeinschaft hat Ähnlichkeit mit der oben erwähnten Innengesellschaft. In beiden Fällen werden die Mitglieder, denen Eigentumsrechte am Gesellschafts- oder Nachlaßvermögen nicht zustehen, dennoch wertmäßig daran beteiligt. Deshalb drängt es sich auf, diese atypische Erbengemeinschaft „Innenerbengemeinschaft“ zu nennen.

Die Bezeichnung der atypischen Erbengemeinschaft als „Nebenerbengemeinschaft“, wie Dölle es vorschlägt³⁾ 4), trifft nicht ganz den Kern der Sache. Dieser Begriff deutet lediglich darauf hin, daß innerhalb eines Nachlasses zwei Sondervermögen vorhanden sind. Das ist aber bei dem Verhältnis zwischen dem Hoferben und den weichenden Erben nicht der entscheidende Gesichtspunkt. Maßgeblich ist vielmehr, daß, obwohl ein gesamthänderisches Eigentum fehlt, auch hinsichtlich des Hofes eine Erbengemeinschaft besteht.

Die atypische Erbengemeinschaft am Hofvermögen und die typische Erbengemeinschaft am hoffreien Vermögen bilden zusammen den Nachlaß. Zwischen diesen beiden Sondervermögen besteht wiederum ein rechtliches Band; denn durch ihre Verbindung entsteht ein neues Sondervermögen. Die Träger der Sondervermögen haben jedoch keine besonderen Beziehungen zueinander, die auf die Existenz des neuen Sondervermögens zurückgeführt werden könnten. Dies erklärt sich daraus, daß die Mitglieder der typischen Erbengemeinschaft immer auch zugleich Mitglieder der atypischen Erbengemeinschaft sind. Dieses rechtliche Verhältnis war der Grund, insoweit eine Erbengemeinschaft anzunehmen. Deshalb können darüber hinaus keine weiteren rechtlichen Beziehungen der Träger der Sondervermögen mehr bestehen, ausgenommen daß die beiden Sondervermögen zu einem neuen Sondervermögen zusammengefaßt sind.

1) Bärmann WEG Einl. S. 136

2) So ohne Begründung Ehard-Eder in Soergel-Siebert Einl. vor § 1922 RN. 20; Fink S. 10

3) Dölle S. 239; derselbe, Bürgerliches Recht, S. 20 f.; ihm folgend Molitor S. 120 und Stoll-Baur S. 81, 102

4) Steinhoff S. 29 f., der den Begriff Nebenerbengemeinschaft billigt, nimmt eine Miterbengemeinschaft nach Höferecht an.

D) Der Abfindungsanspruch der weichenden Erben

Nach § 12 Abs. 1 HöfeO¹⁾ steht den Erben, die nicht Hoferben geworden sind, **anstelle ihres Erbteils** ein Anspruch gegen den Hoferben auf Zahlung eines Geldbetrages zu. Die Rechtsnatur dieses Anspruchs ist umstritten, obgleich das Gesetz ihn im § 16 Abs. 2 HöfeO als „Erbteil“ bezeichnet hat.

Linckelmann²⁾ hält die Abfindungsforderung für einen erbrechtlichen Anspruch, da sie aus der erbrechtlichen Beteiligung der weichenden Erben an der Hofesmasse entstanden sei und den Berechtigten nur in ihrer Eigenschaft als Miterben zustehe. „Der Anspruch verliert aber in dem Augenblick seiner Entstehung jede dingliche Beziehung zur Hofesmasse, die Alleineigentum des Hoferben wird, und erschöpft sich von vornherein in einer persönlichen Rechtsbeziehung zum Anerben.“³⁾ Diejenigen, die in der Hoferbfolge eine dinglich wirkende Erbteilung sehen, fügen dem hinzu, die Abfindung sei ein wirtschaftlicher Ausgleich dafür, daß die Erbrechte der weichenden Erben tatsächlich nicht verwirklicht seien. Daher seien sie ein wahrer Erbteil.⁴⁾ In den vier oder fünf Fällen, in denen sie Sondererbfolge annehmen (Art. 18 Bayern 1855, Art. 37 Hessen 1858, § 361 AVO Mecklenburg-Schwerin, § 5 Mecklenburg-Strelitz und § 19 REG), sollen die Abfindungsansprüche dagegen eine Entschädigung für verlorenes Erbrecht darstellen und daher keine wahren Erbteile sein. Demgegenüber betont Steinhoff⁵⁾, daß die Abfindung nicht als Erbteil im Sinne des BGB aufgefaßt werden könne. Es sei jedoch gerechtfertigt, sie als „Erbteil nach Höferrecht“ zu kennzeichnen.⁶⁾ Der BGH hat die Frage nach der Rechtsnatur dieser Forderungen unterschiedlich beantwortet. Während er in mehreren älteren Entscheidungen in Übereinstimmung mit Lange-Wulff⁷⁾ angenommen hat, es handele sich insoweit um Teilungsanordnungen⁸⁾, hat er sich in einem neueren Beschluß auf den Standpunkt gestellt, die Abfindung sei ein gesetzliches Vermächtnis.⁹⁾ Die zuletzt genannte Ansicht wird auch von Sambraus vertreten.¹⁰⁾ Gegen die Einordnung der Abfindung in die Gruppe der Vermächtnisse hat sich Lange gewandt¹¹⁾ und dagegen insbesondere angeführt, daß die weichenden Erben in § 12 HöfeO ausdrücklich als Erben bezeichnet seien. Außerdem treffe sie die Ausgleichspflicht des § 2050 BGB, sofern sie Abkömmlinge des Erblassers seien. Ein Vermächtnisnehmer sei aber nicht ausgleichspflichtig. Auch die Haftung der weichenden Erben für Nachlaßverbindlichkeiten und die Unterschiede bei der Ausschlagung einer Erbschaft und eines Vermächtnisses widerlegten die Ansicht des BGH. Vor allem zählten die Abfindungsansprüche nicht zu den Nachlaßverbindlichkeiten; andernfalls müßten alle Erben für die Befriedigung dieser Nachlaßforderungen einstehen. Gemäß § 12 HöfeO hatte jedoch der Hoferbe für die Abfindungsansprüche der weichenden Erben allein. Auch aus diesem Grunde könnten die Abfindungen keine Vermächtnisse sein. Schließlich setze der Pflichtteilsanspruch der weichenden Erben nach § 16 Abs. 2 HöfeO ein Erbrecht voraus.¹²⁾

1) Vgl. auch § 23 des Entwurfs der Bundesregierung

2) S. 19

3) So auch Kühl S. 26 f.

4) Beismann S. 49; Bendel S. 59; Günther S. 13; Müller-Wilm S. 10; Schultz S. 47 ff., Knubel S. 43, 58, spricht von einer Art Erbteil; vgl. auch Kühl S. 31

5) S. 35 f.

6) Steinhoff S. 36; ähnlich Lange-Wulff § 4 Bem. 56, § 16 Bem. 212 g

7) RdL 1959, 257; Lange-Wulff § 4, Bem. 56, § 16 Bem. 212 g

8) BGHZ 4, 341 (347) = RdL 1952, 100 (102); BGHZ 8, 213 = NJW 1953, 343 = RdL 1953, 80 (81),

9) BGHZ 28, 194 (200) = NJW 1958, 2114 = RdL 1958, 317 = MDR 1959, 32

10) SchleA 1947, 281

11) RdL 1959, 257; Lange-Wulff § 12 Bem. 140

12) So auch Schultz S. 48

Es ist bereits oben dargestellt¹⁾, daß die weichenden Erben weder an dem Hof noch an einem an dessen Stelle tretenden Ersatzgegenstand gesamthänderisch berechtigt sind. Schon diese Erkenntnis zwingt zu der Schlußfolgerung, daß die Abfindungsansprüche keine gesetzliche Teilungsanordnung sein können. Eine Teilungsanordnung hat zur unerläßlichen Bedingung, daß an den zu teilenden Gegenständen ein Miteigentum aller Teilungsberechtigten besteht. Daran mangelt es aber nicht nur bei dem Nachlaßgegenstand Hof, sondern auch bei den Abfindungen selbst. Eine schuldrechtliche, vom Gesetz angeordnete Teilungsanordnung kann daher nicht vorliegen.

Der Abfindungsanspruch kann aber auch nicht als ein Erbteil im Sinne des bürgerlichen Rechts angesehen werden.²⁾ Unter Erbteil versteht man den Anteil eines Miterben an der Erbschaft. Erbschaft ist das Vermögen des Erblassers als Ganzes. Der Erbteil ist somit immer ein Bruchteil der Erbschaft, niemals eine Summe oder ein Nachlaßgegenstand.³⁾ Da der Abfindungsanspruch aber nicht quotenmäßig bestimmt werden kann und auch keine bruchteilsmäßige Beteiligung am Nachlaß darstellt, kann er nicht als Erbteil im Sinne des § 1922 Abs. 2 BGB bezeichnet werden. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 12 Abs. 1 HöfeO. Danach wird der Abfindungsanspruch den weichenden Erben „anstelle ihres Erbteils“ gewährt. Andernfalls müßte den weichenden Erben im übrigen auch ein erbrechtliches Ausschlagungsrecht hinsichtlich des Hofes zugesprochen werden.

Die Ansicht, die Abfindung sei ein Erbteil nach Höferecht, wird durch den Wortlaut des § 16 Abs. 2 HöfeO gestützt. Dennoch bestehen gegen diese Begriffsbestimmung Bedenken. Den weichenden Erben steht eine echte Erb-berechtigung am Hofvermögen nicht zu. Es wäre daher inkonsequent, ihnen dennoch einen Erbteil zu gewähren. Ein Erbteil ist begriffsnotwendig ein Anteil an der Erbschaft. Die Abfindungsforderung ist aber nicht Bestandteil des Nachlasses. Ferner wäre es nur zulässig, von einem Erbteil nach Höferecht zu sprechen, wenn die Abfindung einen Bruchteil des Hofwertes darstellen würde. Das ist indessen nicht der Fall. Zwar resultiert der Abfindungsanspruch aus der Erbquote, die dem weichenden Erben nach allgemeinem Recht erwächst. Auch ist für die Ermittlung des Hofwertes der feststehende Einheitswert maßgeblich (§ 12 Abs. 2 Satz 1 HöfeO). Desgleichen steht der dem Hof-erben gebührende Voraus von $\frac{3}{10}$ des Hofwertes einer bruchteilsmäßigen Erfassung des Abfindungsanspruchs nicht entgegen. Jedoch sind unter Umständen zu dem Einheitswert angemessene Zuschläge zu machen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 HöfeO) und die Nachlaßverbindlichkeiten abzuziehen, die den Hof-erben nach § 15 Abs. 2 und 3 HöfeO allein treffen (§ 12 Abs. 3 HöfeO). Die Höhe der Abfindungsforderung wird ferner durch Anrechnungs- und Ausgleichspflichten beeinflußt. Dadurch wird der Abfindungsanspruch zu einer gleitenden und variablen Größe, so daß er bruchteilsmäßig nicht bestimmt werden kann. Da somit der Abfindung alle Merkmale eines Erbteils fehlen, geht es nicht an, sie dem Begriff des Erbteils unterzuordnen. Wenn daher die Abfindungsforderung im § 16 Abs. 2 HöfeO als Erbteil bezeichnet ist, so ist dies terminologisch nicht zutreffend.

Die Unterscheidung zwischen verlorenem Erbrecht und nicht verwirklichtem Erbrecht, je nach dem, ob Sondererbfolge oder dingliche Erbteilung angenommen wird, ist unergiebig. Zunächst einmal ist nicht einzusehen, warum im ersten Fall kein Erbteil und im zweiten Fall ein „wahrer“ Erbteil vorliegen soll. Die Abfindung wird den Abfindungsberechtigten gerade deswegen zu-

1) Vgl. Abschnitt C I

2) So aber offenbar Kipp-Coing § 131 C V 4 b

3) KGJ 20 A 265; Bartholomeyczik S. 28

gesprochen, weil ihnen ein Erbrecht im Sinne des BGB am Hof nicht zusteht. Ob diese Regelung erfolgt ist, weil die Erbrechte der weichenden Erben verloren oder weil sie nicht verwirklicht sind, ist für die Frage nach der Rechtsnatur der Abfindung unerheblich. Diese Differenzierung erscheint daher nicht nur als ein Spiel mit Worten, sondern auch als unbegründet.

Der Abfindungsanspruch ist vielmehr ein gesetzliches (schuldrechtliches) Vermächtnis, wie der BGH mit Recht in seiner zuletzt hierzu ergangenen Entscheidung¹⁾ angenommen hat. Das Vermächtnis enthält keine Erbeinsetzung, sondern vermittelt dem Vermächtnisnehmer nur einen Vermögensgegenstand in der Weise, daß der Bedachte gegen den Beschwerten einen schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes erhält. Im Gegensatz zur Erbfolge, bei der der Erbe ein Recht am Nachlaß so erwirbt, wie es dem Erblasser bereits zugestanden hat, erwirbt der Vermächtnisnehmer einen neuen schuldrechtlichen Anspruch, der in der Person des Erblassers noch nicht begündet war.²⁾ Diese Voraussetzungen sind bei dem Abfindungsanspruch des § 12 HöfeO erfüllt. Denn dieser erwächst erstmals den weichenden Erben als schuldrechtliche Forderung gegen den Hoferben im Zeitpunkt des Erbfalls. Allerdings besteht insoweit zu dem Vermächtnis des BGB ein Unterschied, als das Vermächtnis nach § 1939 BGB durch letztwillige Verfügung angeordnet wird. Es ist daher gerechtfertigt, den Abfindungsanspruch als ein gesetzliches Vermächtnis anzusehen.

Die dagegen von Lange³⁾ erhobenen Bedenken sind nicht überzeugend. Der Abfindungsanspruch wird entgegen seiner Ansicht nicht gemäß §§ 1942 ff. BGB wie eine Erbschaft ausgeschlagen. Vielmehr ist der weichende Erbe berechtigt, über die Abfindung mit dem Hoferben jede beliebige Vereinbarung zu treffen.⁴⁾ Die Abfindungsforderung entsteht mangels anderweitiger Regelung mit dem Erbfall, und zwar wie bei einem Vermächtnis ohne einen besonderen Annahmekakt (§ 2176 BGB). Dagegen kann dem weichenden Erben nicht in entsprechender Anwendung des § 2180 BGB das Recht zugebilligt werden, den Abfindungsanspruch durch formlose Erklärung gegenüber dem Hoferben als Beschwertem auszuschlagen.⁵⁾ Für die Zubilligung eines derartigen Ausschlagungsrechts besteht kein rechtspolitisches Bedürfnis; denn der Abfindungsanspruch ist auf Geld gerichtet und bringt für den Berechtigten keine besonderen Rechtsnachteile mit sich. Im übrigen bewirkt die Ausschlagung der gesamten Erbschaft, daß auch der Abfindungsanspruch untergeht. Denn dieser berechnet sich nach den durch die Ausschlagung entfallenden Erbanteilen. Hinsichtlich der Abfindungsansprüche hat der weichende Erbe also nur ein mittelbares Ausschlagungsrecht.

Der Einwand von Lange, der Abfindungsanspruch sei keine Nachlaßverbindlichkeit, da nur der Hoferbe für ihn hafte, geht fehl. Das Vermächtnis stellt als Erbfallschuld eine Nachlaßverbindlichkeit dar. Mit einem Vermächtnis müssen aber nicht notwendig alle Erben beschwert sein. Aus der Bestimmung des § 2147 BGB ergibt sich vielmehr, daß es dem Erblasser freisteht, den Beschwerten (Erbe oder Vermächtnisnehmer) zu bestimmen. Damit ist ihm die Möglichkeit eingeräumt, nur einen von mehreren Erben oder Vermächtnisnehmern mit einem Vermächtnis zu beschweren. Eine entsprechende Regelung ist kraft Gesetzes im § 12 HöfeO in der Weise erfolgt, daß nur der Hoferbe für die Abfindungsansprüche der weichenden Erben aufzukommen hat. Die Ansicht, der Abfindungsanspruch sei kein Vermächtnis, weil er keine Nachlaßverbindlichkeit sei, kann somit nicht zutreffen.

1) BGHZ 28, 194 (200)

2) Bartholomeyczik S. 262

3) RdL 1959, 257

4) So mit Recht Lange-Wulff § 12 Bem. 163; Wöhrmann § 12 Anm. IV 2

5) Im Ergebnis ebenso Pikalo RdL 1959, 3 a. E.

Durchgreifender erscheint dagegen Langes Hinweis auf die Erbenstellung der Abfindungsberechtigten. Der hier vertretenen Auffassung steht zwar nicht entgegen, daß der Gesetzgeber die Abfindungsberechtigten als Erben bezeichnet hat; denn sie sind Erben des hoffreien Vermögens. Jedoch sind die Ausgleichspflicht der §§ 2050 ff. BGB und die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten als Begründung dafür verwandt worden, daß zwischen dem Hoferben und den weichenden Erben trotz des fehlenden gesamthänderischen Eigentums auch hinsichtlich des Hofes eine Erbengemeinschaft vorliegt.¹⁾ Es stellt sich daher die Frage, ob es zulässig ist, einen Miterben anstelle eines Erbteils im Sinne des BGB mit einem Vermächtnisanspruch auszustatten.

Die Tatsache, daß ein Miterbe mit einem gesetzlichen Vermächtnis bedacht ist, bietet an sich keine Besonderheit. Eine derartige Rechtsposition kann sich für den überlebenden Ehegatten bei dem ihm zugebilligtem Voraus des § 1932 BGB und für Familienangehörige des Erblassers, wenn sie zu seinem Hausstand gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben, durch den sog. Dreißigsten des § 1969 BGB ergeben.²⁾ Jedoch steht diesen Erben und Vermächtnisnehmern ein Anteil an der Erbschaft zu.

Das Vermächtnis tritt also neben den Erbanteil. Ein Erbanteil ist den weichenden Erben hinsichtlich des Hofvermögens aber genommen. Damit werden sie jedoch ihrer Erbenstellung nicht entkleidet und in die Rolle eines einfachen Nachlaßgläubigers gedrängt, dem lediglich eine Vermächtnisforderung zusteht. Aus dem fehlenden Gesamthandseigentum folgt zwar, daß der weichende Erbe keinen Erbteil hat. Es ist aber bereits oben ausgeführt, daß der Umstand, daß die Miterben am Hofnachlaß nicht gesamthänderisch berechtigt sind, kein Grund zur Ablehnung der Miterbengemeinschaft ist.³⁾ Infolgedessen muß es auch zugelassen werden, den Abfindungsberechtigten als Erben anzuerkennen, obwohl ihm ein Erbteil nicht erwächst. An die Stelle seines Erbteils ist eine Abfindungsforderung getreten. Dieser Anspruch richtet sich zwar nach Vermächtnisrecht, er erklärt sich aber nicht allein daraus. Abfindungsberechtigte sind nach § 12 Abs. 1 HöfeO die Erben des Erblassers, die nicht Hoferben geworden sind. Wer Anspruchsinhaber ist, ergibt sich also aus der gesetzlichen Erbschaftsregelung der §§ 1924 ff. BGB. Die Erbteile, die den weichenden Erben nach allgemeinem Recht zustehen, beeinflussen den Abfindungsanspruch dem Grunde und der Höhe nach. Es ist nach allgemeinem Recht zu entscheiden, ob und zu welchem Bruchteil eine Beteiligung an dem Hofeswert begründet ist. Dagegen ist aus den Vorschriften der HöfeO (§ 12 Abs. 2–8) nur abzuleiten, wie hoch sich die Abfindung im einzelnen bemißt. Damit ist verdeutlicht, daß es sich bei dem Abfindungsanspruch nicht um ein gewöhnliches Vermächtnis handeln kann. Der Abfindungsanspruch ist vielmehr ein gesetzliches Wertvermächtnis⁴⁾ an Hoferbteils Statt.⁵⁾ Diese Rechtsform ergibt sich auch daraus, daß durch die Abfindung die wertmäßige Zuordnung des Nachlaßteiles Hof, die die HöfeO gegenüber dem allgemeinen Erbrecht zwar verändern, nicht aber gänzlich aufheben will, verwirklicht wird.

1) Vgl. Abschnitt C III

2) In beiden Fällen können die Berechtigten gleichzeitig Miterben sein. Vgl. für den Dreißigsten Erman-Bartholomeyczik § 1969 Anm. 1. Es handelt sich alsdann um ein gesetzliches Vorausvermächtnis entsprechend § 2150 BGB

3) Vgl. Abschnitt C

4) also kein Stückvermächtnis auf einen individuell bestimmten Gegenstand, etwa einen Bruchteil am Hof.

5) Ähnlich Drechsler § 19 Anm. 1; so wohl auch Müller-Wilm S. 10. Nach der Mitteilung von Linckelmann S. 19 Anm. 15 soll auch das OLG Celle stets den erbrechtlichen Charakter der Abfindung betont haben.

Die ähnliche Rechtsform des Abfindungsanspruchs mit dem Pflichtteil kann nicht überraschen¹⁾; denn auch der Pflichtteilsanspruch wird gelegentlich als ein gesetzliches Vermächtnis bezeichnet.²⁾ Außerdem wird der Pflichtteil „als Ersatz des gesetzlichen Erbrechts“ und „als Ausfluß des gesetzlichen Erbrechts“ gewährt.³⁾ Dennoch kann der Abfindungsanspruch nicht dem Pflichtteilsanspruch gleichgestellt werden. Beide Forderungen unterliegen verschiedenen Verjährungsfristen. Während der Pflichtteilsanspruch gemäß § 2332 Abs. 1 BGB in drei Jahren verjährt, beträgt die Verjährungsfrist des Abfindungsanspruchs 30 Jahre.⁴⁾ Der Pflichtteil erwächst nicht jedem Erben, sondern nur Abkömmlingen, Ehegatten und Eltern. Der Pflichtteilsanspruch beträgt die Hälfte des Erbteils, er ist also quotenmäßig zu bestimmen. Infolgedessen ist die Abfindung kein Pflichtteil.

Der Abfindungsanspruch ist in der Regel mit dem Erbfall fällig. Bei der vorweggenommenen Erbfolge wird die Fälligkeit jedoch auf den Zeitpunkt der Übergabe des Hofes vorverlegt (§ 17 Abs. 2 HofeO).⁵⁾ Eine spätere Fälligkeit tritt ein, wenn der Abfindungsberechtigte minderjährig ist. Der Minderjährige kann die Zahlung erst nach dem Eintritt seiner Volljährigkeit beanspruchen (§ 12 Abs. 5 Satz 1 HofeO). Der Hoferbe kann sie jedoch mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schon vorher bewirken. Bis zur Volljährigkeit ist die Forderung unverzinslich. Der Minderjährige hat jedoch einen Anspruch auf Sicherstellung (§ 12 Abs. 5 Satz 2 HofeO).⁶⁾ Sofern einem überlebenden Ehegatten das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Hof zusteht, kann er den Abfindungsanspruch erst nach Ablauf dieser Rechte verlangen.⁷⁾ Nach der Fälligkeit ist die Abfindungsforderung zu verzinsen.⁸⁾ Der Abfindungsanspruch ist im Gegensatz zu den Versorgungsrechten des REG⁹⁾ übertragbar, pfändbar¹⁰⁾, verpfändbar und vererblich.¹¹⁾

Abschließend bleibt noch das Verhältnis des Abfindungsanspruchs zum hof-freien Vermögen zu erörtern. Die Zubilligung des Abfindungsanspruchs bewirkt nicht, daß der Erbteil, der dem Abfindungsberechtigten nach allgemeinem Recht zusteht, gegenstandslos wird. Vielmehr bildet er, wie schon erwähnt, die Grundlage für die Ermittlung der Abfindungsforderung. Darüber hinaus kann er aber auch in seiner ureigensten Bedeutung zur Anwendung kommen. Das hoffreie Vermögen kann so umfangreich sein, daß mit ihm allein die Nachlaßverbindlichkeiten, die nicht dem Hofvermögen zur Last fallen (§ 15 Abs. 2 und 3 HofeO), gedeckt werden können und daß dennoch ein Überschuß verbleibt. In diesem Fall können sich zwei verschiedene Situationen ergeben. Mit Hilfe des Überschusses können möglicherweise die Erbansprüche der weichenenden Erben in vollem Umfang befriedigt werden, so daß eine Abfindung aus dem Hofvermögen nicht in Betracht kommt.¹²⁾ Die Erbanteile bestimmen dann die wertmäßige Zuordnung des hoffreien Vermögens (§ 15 Abs. 4

1) Den Abfindungsberechtigten wird – ähnlich dem § 2314 BGB – unter Umständen ein Auskunftsanspruch gegen den Hoferben gewährt: OLG Celle RdL 1956, 23; OLG Schleswig RdL 1958, 16

2) Anders aber Staudinger-Ferid Vorbem. 64 vor § 2303 und § 2304 RN. 49 ff. mit weiteren Nachweisen

3) Motive V S. 388, 472

4) Lange-Wulff § 12 Bem. 167

5) Kipp-Coing § 131 C V 3 c; Wöhrmann § 12 Anm. III 4

6) Ähnliche Bestimmungen finden sich in Bremen § 24, in Württemberg Art. 11, 12

7) Lange-Wulff § 12 Bem. 141

8) Lange-Wulff § 12 Bem. 166

9) Wöhrmann § 30 REG Anm. 21

10) Kipp-Coing § 131 C V 3 d; Linckelmann S. 22

11) Beismann S. 52; Lange-Wulff § 12 Bem. 167; Steinhoff S. 82

12) so mit Recht Lange-Wulff § 15 Bem. 206; a. A. Wöhrmann § 15 Anm. IV 2 S. 205

S. 1 HöfeO). Ist auch der Hoferbe nach bürgerlichem Recht zum Erben berufen und ist der auf ihn entfallende Anteil größer als der Einheitswert des Hofes, dann ist auch er an diesem Überschuß zu beteiligen (§ 15 Abs. 4 S. 2 HöfeO).¹⁾ Es ist aber auch denkbar, daß das verbleibende hoffreie Vermögen nicht ausreicht, um die Erbsprüche der weichenden Erben zu decken. In diesem Fall tritt neben den Erbrechten am hoffreien Vermögen der Abfindungsanspruch aus dem Hofvermögen, bei dessen Errechnung aber der Wert zu berücksichtigen ist, den der Abfindungsberechtigte aus dem hoffreien Vermögen erhält. Da die Verteilung des Überschusses aus dem hoffreien Vermögen entsprechend den Erbanteilen erfolgt, bestehen Erbteil und Abfindungsforderung selbständig nebeneinander.²⁾ Die Beteiligung des weichenden Erben am Gesamtnachlaß wird hier also mittels eines Erbteils und eines Wertvermachnisses an Hoferbteils Statt vollzogen, ohne daß damit der Abfindungsanspruch zu dem Miterbenanteil im Sinne des § 2033 BGB gehört.

E) Der Pflichtteilsanspruch der weichenden Erben

Abkömmlinge, Eltern und Ehegatten eines Erblassers haben gegen den Erben in Höhe der Hälfte ihres Erbteils gemäß § 2303 BGB einen auf Geld gerichteten Pflichtteilsanspruch, wenn sie durch letztwillige Verfügung des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen sind. Der Bestimmung des § 16 Abs. 2 Satz 1 HöfeO läßt sich entnehmen, daß den Pflichtteilsberechtigten das Pflichtteilsrecht durch die in der Höfeordnung getroffenen Sonderregelungen nicht entzogen wird. Nach dieser Vorschrift ist für die Berechnung des Pflichtteils der nach der HöfeO zu ermittelnde „gesetzliche Erbteil“ maßgebend.³⁾ Damit ist klargestellt, daß der weichende Erbe nicht deswegen von der Erbfolge als ausgeschlossen gilt, weil ihm eine echte Erbberechtigung am Hof nicht zusteht. Diese Rechtsfolge tritt im übrigen kraft Gesetzes und nicht auf Grund einer letztwilligen Anordnung ein. Dem weichenden Erben erwächst der Pflichtteilsanspruch vielmehr dann, wenn er zu dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehört und ihm der gesetzliche Abfindungsanspruch oder mehr als dessen Hälfte durch Verfügung von Todes wegen entzogen ist.⁴⁾ Einer letztwilligen Verfügung steht eine durch Übergabevertrag vorweggenommene Erbfolge gleich (§ 17 HöfeO). Der Erblasser kann dem weichenden Erben den Abfindungsanspruch ausdrücklich entziehen, aber auch indirekt durch Erbausschluß von der gesamten Erbfolge.

Die rechtliche Grundlage für die Zubilligung des Pflichtteils bildet aber nicht die Bestimmung des § 16 Abs. 2 HöfeO. Diese Vorschrift enthält lediglich die Berechnungsmethode für die Höhe des Pflichtteilsanspruchs. Das Pflichtteilsrecht selbst beruht dagegen auf den Vorschriften des allgemeinen Rechts. Demgemäß hat selbstverständlich nicht jeder weichende Erbe, dem der Abfindungsanspruch entzogen ist, einen Pflichtteilsanspruch, sondern nur die Pflichtteilsberechtigten des § 2303 BGB.

Diese Personen sind gemäß § 2303 Abs. 1 BGB aber nur dann pflichtteilsberechtigt, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der **Erbfolge**

1) vgl. dazu und zum folgenden die Ausführungen auf S. 57 f.

2) wobei selbstverständlich auch hier die Abfindungsforderung durch den Erbteil beeinflußt wird.

3) Gleichlautend § 22 Hannover; entsprechend § 20 Rheinland-Pfalz; Art. 15 Württemberg; § 29 Hessen; § 24 Bremen; § 36 des Entwurfs der Bundesregierung.

4) Allg. M.: BGHZ 25, 287 = NJW 1957, 1799 = LM Nr. 6 zu § 17 HöfeO; BGH RdL 1957, 295; BGHZ 28, 194 (200) = NJW 1958, 2114 = RdL 1958, 317 = MDR 1959, 32; Kipp-Coing § 131 C V 4 a; Wöhrmann § 16 Anm. VI 2; Lange-Wulff § 16 Bem. 217; Staudinger-Ferid Vorbem. 125 vor § 2303; Lindelmann S. 75.

ausgeschlossen sind. Das Gesetz setzt somit eine Erbberechtigung des Pflichtteilsberechtigten voraus. Dies dürfte der Grund dafür sein, daß der Gesetzgeber im § 16 Abs. 2 HöfeO den Abfindungsanspruch des weichenden Erben als „Erbteil nach diesem Gesetz“ genannt hat. Da der Pflichtteilsanspruch die Hälfte des gesetzlichen Erbteils beträgt, ist mit dieser Bestimmung die Verbindung und Ergänzung, die das Sondererbrecht hinsichtlich des Hofes notwendig macht, zu dem allgemeinen Recht geschaffen. Nun ist oben jedoch dargelegt, daß es nicht gerechtfertigt ist, den Abfindungsanspruch als Erbteil nach Höferecht zu bezeichnen. Der Abfindungsanspruch ist vielmehr als gesetzliches Wertvermächtnis an Hoferbteils Statt definiert.¹⁾ Kann aber das Pflichtteilsrecht bei dieser Begriffsbestimmung der Abfindung noch aus dem allgemeinen Recht hergeleitet werden?

Dies läßt sich noch einigermaßen begründen, wenn der Erblasser den Berechtigten ganz allgemein enterbt hat, ihn also auch von der Erbfolge in das hoffreie Vermögen ausgeschlossen hat.²⁾ Anders ist jedoch der Fall zu beurteilen, wenn der Erblasser dem Berechtigten nur die Abfindung genommen hat.

Wird einem Vermächtnisnehmer durch letztwillige Verfügung das gesetzliche Vermächtnis (§§ 1932, 1969 BGB) entzogen, so wird dadurch ein Pflichtteilsrecht nicht ausgelöst; denn darin liegt kein Ausschluß von der Erbfolge. Der Abfindungsanspruch ist aber einem gewöhnlichen Vermächtnis nicht gleichzusetzen. Aus diesem Grunde ist es nicht schlechthin als Vermächtnis, sondern als Vermächtnis an Hoferbteils Statt bezeichnet worden. Die HöfeO hat die Erbberechtigung der weichenden Erben am Hof, ihren Anteil an einem Teil des Nachlasses in eine schuldrechtliche und daher nur wirtschaftliche Beteiligung umgewandelt. Die dingliche Zuordnung, die das allgemeine Erbrecht hervorruft, ist zwar beseitigt. Die wertmäßige Zuordnung, auf die es in diesem Zusammenhang allein ankommt, ist jedoch, wenn auch in veränderter Form, durch die Zubilligung des Abfindungsanspruchs bestehen geblieben. Für den Bereich des Hoferbenrechts ist daher unter Erbfolge im Sinne des § 2303 Abs. 1 BGB auch der Abfindungsanspruch zu verstehen. § 12 Abs. 1 HöfeO schließt die Lücke, die die Sondererbbfolge bezüglich des Erbanteils des weichenden Erben am Hof herbeiführt. Auch insoweit wird ersichtlich, daß der Abfindungsanspruch die Merkmale einer Erbberechtigung aufweist. Infolgedessen steht die Ansicht, daß der Abfindungsanspruch ein gesetzliches Vermächtnis ist, der Tatsache, daß den weichenden Erben bei Verlust dieses Vermächtnisses ein Pflichtteilsrecht zusteht, nicht entgegen.

Die Höhe des Pflichtteilsanspruchs berechnet sich nach der Hälfte des gesetzlichen Abfindungsanspruchs. Das bedeutet, daß auch der Pflichtteilsanspruch durch den Einheitswert des Hofes bestimmt wird.³⁾ Zu diesem sind gemäß § 12 Abs. 2 HöfeO unter Umständen bestimmte Zuschläge zu machen und alsdann die Nachlaßverbindlichkeiten abzuziehen, die nach § 15 HöfeO den Hof treffen und von dem Hoferben allein zu tragen sind. Dies gilt selbst dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte auch von der Erbfolge in das hoffreie Vermögen ausgeschlossen ist und ihm daher die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten nicht zur Last fällt. Die übrigen Schulden des Erblassers sind bei den Pflichtteilsansprüchen am hoffreien Vermögen zu berücksichtigen.

1) Vgl. Abschnitt D.

2) Bei einer derartigen Verfügung muß aber darauf geachtet werden, ob der Erblasser tatsächlich auch den Abfindungsanspruch entziehen oder ob er lediglich die Erbfolge in das hoffreie Vermögen ausschließen wollte.

3) Nach allgemeinem Recht kommt es demgegenüber auf den Verkaufswert an (§§ 2312, 2049 Abs. 1 BGB), unter Umständen aber auch auf den Ertragswert (§ 2049 Abs. 2 BGB).

Von dem nach Abzug der obengenannten Nachlaßschulden berechneten Einheitswert des Hofes gebührt den Hoferben gemäß § 12 Abs. 3 Satz 2 HöfeO ^{3/10} als Voraus. Auch um diesen Prozentsatz vermindert sich der Einheitswert des Hofes nebst eventuellen Zuschlägen. Die so errechnete Summe ist mit dem Erbteil des weichenden Erben, der diesem nach allgemeinem Recht zusteht, zu dividieren und schließlich noch zu halbieren. Auf diese Weise erhält man den Pflichtteilsanspruch der weichenden Erben. Im Gegensatz zu dem Abfindungsanspruch wird die Pflichtteilsforderung durch einen vom Erblasser vereinbarten Altenteil nicht beeinflußt.¹⁾

Im übrigen richtet sich der Pflichtteilsanspruch nach den allgemeinen Pflichtteilsregeln.²⁾ Insbesondere ist § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB anwendbar. Danach ist für die Berechnung des Pflichtteils der Bestand und Wert des Nachlasses zugrunde zu legen. Erbfallschulden, also Vermächtnisse, Auflagen und andere Pflichtteilsrechte bleiben bei der Errechnung des Pflichtteilsanspruchs des weichenden Erben unberücksichtigt.³⁾ Andernfalls wäre der Erblasser imstande, durch Anordnung von Vermächnissen den Pflichtteilsanspruch des weichenden Erben auszuhöhlen.⁴⁾

Es gelten ferner die Vorschriften über die Anrechnungs- und Ausgleichspflichten der §§ 2315, 2316 BGB. Insoweit kommt nicht die Bestimmung des § 12 Abs. 4 HöfeO zur Anwendung;⁵⁾ denn diese bezieht sich speziell auf den Abfindungsanspruch und modifiziert lediglich die Ausgleichsvorschriften der §§ 2050 ff. BGB. Da im § 16 Abs. 2 HöfeO auf diese Bestimmung nicht Bezug genommen ist, verbleibt es bei den Anrechnungs- und Ausgleichsvorschriften des BGB.

Über den Pflichtteilsergänzungsanspruch des § 2325 BGB hinaus kommt dem pflichtteilsberechtigten weichenden Erben aber auch der Abfindungsergänzungsanspruch des § 13 HöfeO zugute.⁶⁾ Die gegenteilige Auffassung⁷⁾ ist nicht haltbar. Während das OLG Celle⁸⁾ die Anwendbarkeit des § 13 HöfeO auf die pflichtteilsberechtigten weichenden Erben schlicht deswegen verneint, weil ihnen dieser Anspruch durch die letztwillige Verfügung des Erblassers genommen sei, begründet Wöhrmann⁹⁾ seine Auffassung damit, daß andernfalls der Wille des Erblassers mißachtet werde. Lange-Wulff¹⁰⁾ führen für die Richtigkeit der Gegenmeinung ins Feld, daß der Erblasser, wie aus § 12 Abs. 1 HöfeO hervorgehe, berechtigt sei, durch Übergabevertrag oder letztwillige Verfügung die Anwendbarkeit des § 13 HöfeO auszuschließen. Das gelte nicht nur für den Abfindungsanspruch, sondern auch für die Pflichtteilsforderung.

Nach § 13 HöfeO haben die weichenden Erben für den Fall, daß der Hoferbe den Hof innerhalb von 15 Jahren nach dem Erbfall an einen nicht hoferbenberechtigten Verwandten veräußert, das Recht, so gestellt zu werden, als ob die Sondererbfolge nicht eingetreten und die Erbaueinandersetzung nach den Vorschriften des BGB vorzunehmen gewesen wäre. Das gilt gemäß § 13 Abs. 2 HöfeO sinngemäß, wenn Grundstücke, deren Wert mehr als ^{1/10} des Einheitswertes ausmachen, einzeln oder nacheinander veräußert werden, es sei denn, daß die Veräußerung zur Erhaltung des Hofes erforder-

1) BGHZ 8, 213 = NJW 1953, 343 = LM Nr. 10 zu § 17 HöfeO = RdI 1953, 80.

2) Lange-Wulff § 16 Bem. 218.

3) Lange-Wulff § 16 Bem. 218 b.

4) So mit Recht Wöhrmann § 12 Anm. 4.

5) so wohl auch Lange-Wulff § 16 Bem. 218.

6) Staudinger-Ferid Vorbem. 130 vor § 2303; Röttermann, DNotZ 1951, 533; Herminghausen DNotZ 1951, 555.

7) OLG Celle RdL 1951, 161 = DNotZ 1951, 554; Wöhrmann § 13 Anm. II 2 a; Lange-Wulff 4. Aufl. § 13 Bem. 180 S. 180 S. 286, anders aber 5. Aufl. § 13 Bem. 180 k.

8) aaO.

9) aaO.

10) aaO.

lich war oder daß der Eigentümer bereits für den Hof gleichwertige Grundstücke hinzuerworben hat oder im Laufe des auf die Veräußerung folgenden Jahres hinzuerwirbt. Diese Voraussetzungen sind für die übrigen Erben des Erblassers nicht erfüllt, wenn der Erbeserbe den Hof veräußert.¹⁾

Die Vorschrift des § 13 HöfeO stellt das notwendige Gegenstück zu der angeordneten Sondererbfolge dar.^{2) 3) 4)} Die HöfeO wird von dem Prinzip der geschlossenen Vererbung des Hofes auf nur einen Erben, der zum näheren Familienkreis des Erblassers gehört, beherrscht. Das Prinzip der Unteilbarkeit des Hofes und der Grundsatz, daß der Hof der Familie des Erblassers erhalten bleiben soll, wird in den Fällen des § 13 HöfeO vereitelt oder durchlöchert. Dann besteht aber kein Anlaß mehr, den Hoferben gegenüber den weichenden Erben bei der Erbaueinandersetzung zu bevorzugen. Dem Hoferben müssen vielmehr die Sonderstellung und die ihm gewährten Vorteile aus Gründen der Billigkeit genommen werden. Das bedeutet aber nicht, daß § 13 HöfeO zwingendes Recht ist. Auch aus dem Fehlen eines Hinweises auf die Testierfreiheit in dieser Vorschrift wie in § 12 Abs. 1 HöfeO kann nicht der Schluß gezogen werden, daß die Folgen des § 13 HöfeO unabdingbar seien.⁵⁾ § 13 HöfeO öffnet wieder das Tor zum allgemeinen Erbrecht. Daher kann es dem Erblasser nicht untersagt sein, diese Vorschrift auszuschließen; denn ihm ist es lediglich verboten, die Erbfolge kraft Höferechts durch eine Verfügung von Todes wegen zu beseitigen. (§ 16 Abs. 1 HöfeO). Gilt aber das allgemeine Erbrecht, dann kommt auch das Pflichtteilsrecht zur Anwendung. Das Pflichtteilsrecht will dem Pflichtteilsberechtigten die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils gewähren. Das gilt im Bereich des Höferechts mit der Maßgabe, daß der gesetzliche Abfindungsanspruch an die Stelle des Erbteils tritt, wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten ganz allgemein von der Erbfolge ausgeschlossen⁶⁾ oder ihm nur den Abfindungsanspruch oder mehr als die Hälfte davon entzogen hat. Daher muß der Pflichtteilsberechtigte auch in den Genuß der Hälfte des Abfindungs-ergänzungsanspruchs kommen. Das Pflichtteilsrecht ist allgemein eine Mindestbeteiligung am Nachlaß, also einschließlich des realen **Wertes** des Hofes. Die Ansicht von Wöhrmann⁷⁾ daß die hier vertretene Ansicht den Willen des Erblassers mißachtet, ist zwar richtig. Darauf kommt es im Pflichtteilsrecht jedoch nicht an; denn der Pflichtteil wird dem Berechtigten auch dann gewährt, wenn der Erblasser nicht damit einverstanden ist⁸⁾, es sei denn, daß der Erblasser dem Berechtigten gemäß §§ 2333 ff. BGB den Pflichtteil entziehen kann. Im übrigen hat aber Herminghausen⁹⁾ auch anhand der älteren Anerbengesetzgebung nachgewiesen, daß das Pflichtteilsrecht des weichenden Erben die Hälfte des Abfindungs-ergänzungsanspruchs umfaßt.²⁾

1) streitig. Vgl. BGHZ 31, 151 = NJW 1960, 198 = MDR 1960, 125.

2) Röttermann DNotZ 1951, 533.

3) Der Entwurf der Bundesregierung hat diesen Anspruch im § 13 nur in abgewandelter Form übernommen.

4) vgl. auch das Zuweisungsverfahren nach § 16 GrdstVG ab 1. 1. 1962. Danach kommt es auf den Ertragswert an.

5) BGHZ 28, 194 = NJW 1958, 2114; OLG Celle RdL 1960, 295; Lange-Wulff § 13 Bem. 180 k; Wöhrmann RdL 1961, 60. A. A. Röttermann DNotZ 1951, 533.

6) Müller-Wilm S. 65 ist der Auffassung, daß der Erblasser nicht in der Lage sei, einen Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge in das sonstige Vermögen auszuschließen, aber gleichwohl zu bestimmen, daß ihm der Abfindungsanspruch als Erbe verbleiben solle. Einen Pflichtteilsanspruch nur hinsichtlich des hoffreien Vermögens gäbe es nicht. Müller-Wilm kann nur insoweit beigeprägt werden, als der durch eine derartige Verfügung des Erblassers bedachte Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe ist. Er ist vielmehr Vermächtnisnehmer, dem die Rechte des § 2307 BGB zustehen.

7) § 13 Anm. II 2 a.

8) Röttermann DNotZ 1951, 534

9) DNotz 1951, 555.

10) § 19 Hannover, § 25 Schaumburg, § 37 Lippe, § 32 Westfalen, § 26 Rentengüter, § 13 ZwangsaufhebungsVO. Ähnlich § 26 a Bremen, § 26 Waldeck-Pyrmont, Art. 14 Württemberg.

F) Der Pflichtteilsanspruch des Hoferben

Nicht nur dem weichenden Erben, auch dem Hoferben kann ein Pflichtteilsrecht zustehen. Deshalb hat der Gesetzgeber es für nötig erachtet, im § 16 Abs. 2 HöfeO zu bestimmen, daß für die Berechnung des Pflichtteils des Hoferben der nach allgemeinem Recht zu ermittelnde gesetzliche Erbteil maßgebend ist. Der Hof ist aber auch hier mit dem Einheitswert in Ansatz zu bringen. Die HöfeO begründet somit nicht das Pflichtteilsrecht des Hoferben, es bestimmt lediglich die Berechnungsmethode, mit deren Hilfe der Pflichtteilsanspruch zu ermitteln ist.¹⁾ Die HöfeO beeinflusst — mit anderen Worten — den Pflichtteil nicht dem Grunde, sondern nur der Höhe nach. Daher ist der Kreis der Pflichtteilsberechtigten durch die HöfeO nicht erweitert worden. Pflichtteilsberechtigt ist nicht jeder Hoferbe, sondern nur der, der zu den Personen gehört, die in § 2303 BGB genannt sind. Nach § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Auch diese Vorschrift gilt für den Pflichtteil des Hoferben unverändert. Verändert sind ausschließlich die Vorschriften über die Bewertung des Nachlaßvermögens. Der Pflichtteil des Hoferben bietet daher keine dogmatischen Besonderheiten, da sich die den Pflichtteilsanspruch des Hoferben betreffenden Vorschriften der HöfeO darauf beschränken, den Hoferben in konsequenter Durchführung des Anerbengedankens auch insoweit durch eine für ihn günstige Wertbestimmung des Hofes zu bevorzugen.

Der Pflichtteilsanspruch des Hoferben kann sich nur auf das hoffreie Vermögen des Erblassers erstrecken.²⁾ Am sonstigen Nachlaßvermögen ist der Hoferbe nach § 15 Abs. 4 Satz 2 HöfeO nur insoweit beteiligt, als der auf ihn entfallende Anteil größer ist als der Einheitswert des Hofes. Daher liegt die Annahme nahe, daß der Pflichtteilsanspruch für ihn nur dann in Frage kommt, wenn er durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge in das hoffreie Vermögen ausgeschlossen oder aber, wenn ihm weniger zugesprochen worden ist, als ihm nach § 15 Abs. 4 Satz 2 HöfeO zukommt. Das entspricht jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Nach § 16 Abs. 2 HöfeO soll der Hoferbe einen Pflichtteilsanspruch erhalten, wenn er von der Erbfolge in den übrigen Nachlaß ausgeschlossen ist und wenn der Einheitswert des ihm zugefallenen Hofes weniger Wert ist als sein gesetzlicher Erbanteil. Das bedeutet, daß das gesamte Nachlaßvermögen, so wie es im Zeitpunkt des Erbfalls vorhanden war, zusammenzuzählen ist. Sodann sind alle Nachlaßverbindlichkeiten abzuziehen, die schon beim Erbfall entstanden waren, und ferner die Erbschaftsverwaltungsschulden, deren Rechtsgrund und Notwendigkeit bereits auf den Erbfall zurückgeführt werden können.³⁾ Der so gewonnene Wert ist durch die Hälfte des Erbteils des Hoferben zu dividieren. Ist der Einheitswert des Hofes geringer als die so errechnete Summe — ein Fall, der nur selten gegeben sein dürfte —, dann ergibt der Differenzbetrag die Pflichtteilsforderung des Hoferben.⁴⁾ Durch die im § 16 Abs. 2 HöfeO getroffene Regelung ist der Hoferbe schlechter gestellt. Während das Pflichtteilsrecht im allgemeinen darauf abzielt, den Pflichtteilsberechtigten die Hälfte des Wertes zu gewähren, der ihm nach gesetzlicher Erbfolge zusteht, erhält der Hoferbe weniger. Denn die im § 15 Abs. 4 Satz 2 HöfeO bezeichnete Beteiligung des Hoferben am hoffreien Vermögen ist, wenn der übrige Nachlaß das Hofvermögen wertmäßig übersteigt, größer als der quotenmäßige Anteil des Hoferben am Gesamtnachlaß abzüglich des Einheitswertes des Hofes. Dies mag an folgenden Beispielen erläutert werden.

1) Lange-Wulf § 16 Bem. 215.

2) Falls er den Hof ausschlägt, rückt er in die Stellung des weichenden Erben ein und ist nicht mehr Hoferbe.

3) Vgl. Bartholomeyczik S. 283.

4) Lange-Wulff § 16 Bem. 218 b; Wöhrmann § 16 Anm. VI 1.

A und B sind die Söhne des Erblassers E. E hat einen Hof mit einem Einheitswert von 20 000 DM hinterlassen. Sein hoffreies Vermögen beträgt 120 000 DM. Die Schulden belaufen sich auf 20 000 DM. Nach BGB würde jeder Erbe einen Pflichtteil von (20 000 + 120 000 abzügl. 20 000) 120 000 : 2 = 60 000 DM : 2 = 30 000 DM erhalten. Da der Hoferbe jedoch durch den Anfall des Hofes bereits 20 000 DM bekommen hat, muß er sich diesen Betrag auf seinen Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen, so daß ihm noch eine Pflichtteilsforderung von (30 000 abzügl. 20 000 =) 10 000 DM verbleibt.

Würde man dem Hoferben aber die Hälfte seiner Beteiligung am hoffreien Vermögen zusprechen, dann ergibt sich folgendes Bild. Es besteht Einigkeit darüber, daß unter Anteil im Sinne des § 15 Abs. 4 Satz 2 HöfeO der Anteil des Hoferben am Gesamtnachlaß zu verstehen ist.¹⁾ Streit herrscht jedoch darüber, wie der Begriff Einheitswert innerhalb dieser Vorschrift auszulegen ist. Während Wöhrmann²⁾ ihm den Sinn beilegen möchte, daß darunter der „lastenfreie“ Einheitswert, also der Wert, der sich nach Abzug der Abfindungsansprüche ergibt, zu begreifen ist, lehnen Lange-Wulff eine derartige Deutung dieses Begriffes ab.³⁾ Lange-Wulff benötigen diese Auslegung nicht; denn sie nehmen mit Recht an, daß den weichenden Erben nur dann ein Abfindungsanspruch zusteht, wenn das hoffreie Vermögen nicht ausreicht, um ihren Erbanteil am gesamten Nachlaß zu decken.⁴⁾ Danach kann der Hoferbe vom hoffreien Nachlaß folgenden Betrag verlangen: Sein Erbanteil am gesamten Nachlaß beträgt 60 000 DM. Der Überschuß beläuft sich auf (60 000 abzügl. 20 000 [Hof] =) 40 000 DM. Der Pflichtteilsanspruch des Hoferben würde danach den Betrag von 20 000 ausmachen. Wie oben dargelegt, erhält er jedoch nur 10 000 DM.

Dennoch ist die gesetzliche Regelung des § 16 Abs. 2 HöfeO gerecht und billig. Es ist nicht einzusehen, daß der Hoferbe im Pflichtteilsrecht besser gestellt werden soll, als er nach allgemeinem Recht stehen würde, zumal er durch die Bewertung des Hofes mit dem Einheitswert ohnehin schon bevorzugt sein kann.

Den Pflichtteilsanspruch des Hoferben haben nur die weichenden Erben zu tragen. Dies erklärt sich daraus, daß der Hoferbe Erbe ist. Er macht daher nicht den vollen Pflichtteilsanspruch, sondern in jedem Fall nur eine dem Pflichtteilsrestanspruch ähnliche Forderung geltend. Eine unmittelbare Anwendung des § 2305 BGB, wie Wöhrmann⁵⁾ es offenbar für richtig hält, scheidet aus, da der Hof nicht als Erbteil angesehen werden kann.⁶⁾ Der Pflichtteilsrestanspruch des Hoferben ist aber keine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit, für die alle Miterben einzustehen hätten.⁷⁾

1) Wöhrmann § 15 Anm. III 2 S. 205; Lange-Wulff § 15 Bem. 206.

2) aaO.; ebenso Steinhoff S. 53; Schultz S. 72 ff.; Müller-Wilm S. 40.

3) aaO. und § 16 Bem. 218 b.

4) Diese Ansicht hat § 23 Abs. 2 des Entwurfs der Bundesregierung übernommen.

5) § 16 Anm. VI 1.

6) Vgl. die Ausführungen in Abschnitt D.

7) Vgl. Staudinger-Ferid § 2305 RN. 16.

G) Die Verfassungsmäßigkeit der Hoferbenordnung

Die Hoferbenordnung der §§ 5, 6 HöfeO ist wesentlicher Bestandteil des Anerbenrechts. Es erscheint deshalb angebracht, die mit diesen Bestimmungen zusammenhängenden Fragen in die Darstellung des Sondererbrechts der HöfeO einzubeziehen.

Hoferben erster Ordnung sind die Kinder des Erblassers und deren Abkömmlinge (§ 5 Ziff. 1 HöfeO), Hoferben zweiter Ordnung der Ehegatte des Erblassers (§ 5 Ziff. 2 HöfeO). Sodann sind die Eltern des Erblassers zum Hoferben berufen, und zwar zunächst der Vater des Erblassers, es sei denn, daß der Hof von der Mutter oder aus deren Familie stammt, und dann die Mutter des Erblassers, es sei denn, daß der Hof vom Vater des Erblassers oder aus dessen Familie stammt (§ 5 Ziff. 3 und 4). Die fünfte und letzte Ordnung bilden die Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge (§ 5 Ziff. 5).¹⁾

In § 6 HöfeO sind die Einzelheiten der Hoferbenordnung erläutert und festgesetzt, wer von mehreren Erben derselben Ordnung den Vorrang hat. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ist in § 6 Abs. 3 HöfeO eingeschränkt. Er wird lediglich Hofvorerbe, solange Verwandte der dritten bis fünften Ordnung vorhanden sind. Die Stellung des Hofvorberben kann der überlebende Ehegatte auch beim Ehegattenhof erlangen.²⁾

Das Rangverhältnis innerhalb derselben Ordnung wirft verfassungsrechtliche Probleme auf. Nach § 6 Abs. 1 HöfeO entscheidet innerhalb der gleichen Ordnung je nach dem geltenden Brauch Ältesten- oder Jüngstenrecht. Besteht kein bestimmter Brauch, so gilt das Ältestenrecht. Im übrigen entscheidet innerhalb derselben Ordnung der Vorrang des männlichen Geschlechts. Darüber hinaus gehen nach § 6 Abs. 2 HöfeO die Söhne aus erster Ehe den Söhnen aus anderen Ehen und Töchter aus erster Ehe anderen Töchtern vor. Zwar stehen die durch nachfolgende Ehe anerkannten Kinder ehelichen Kindern gleich. An Kindes Statt angenommene Personen sowie für ehelich erklärte Kinder des Vaters und uneheliche Kinder der Mutter gehen aber den ehelichen Kindern nach. Nach § 6 Abs. 4 HöfeO haben die vollbürtigen Geschwister den Vorrang vor den halbbürtigen. Halbbürtige Geschwister sind überhaupt nur dann hoferbenberechtigt, wenn sie mit dem Erblasser den Elternteil gemeinsam haben, von dem oder aus dessen Familie der Hof stammt.

Rechtsprechung und Schrifttum haben sich ausführlich mit der Frage beschäftigt, ob der Vorrang des männlichen vor dem weiblichen Geschlecht bei der Rangordnung der Hoferbenfolge mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) im Einklang steht.

Es ist bereits an anderer Stelle dargelegt worden, daß das Besatzungsrecht seit dem 5. 5. 1955 auf seine Vereinbarkeit mit dem GG überprüft werden kann.³⁾ Auch die Hoferbenordnung muß daher mit Art. 3 Abs. 2 GG übereinstimmen.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 5. 5. 1959⁴⁾ die Verfassungsmäßigkeit

1) Diese Ordnung hat der Entwurf der Bundesregierung im wesentlichen beibehalten. Hinsichtlich der Eltern des Erblassers ist jedoch im § 17 eine Änderung vorgeschlagen.

2) Ein Ehegattenhof liegt vor, wenn die Grundstücke die zum Hof gehören, im Eigentum beider, in gültiger Ehe lebender Ehegatten stehen. Auf die Größe der Grundstücke kommt es nicht an. Es genügt, wenn ein Ehepartner im wesentlichen Eigentümer des Hofes ist, während dem anderen nur ein kleines Grundstück gehört.

3) Vgl. Kap. 2 Abschnitt C) I.

4) BGHZ 30, 50 = NJW 1959, 1173 = JZ 1959, 441 = RdL 1959, 149 = FamRZ 1959, 280 = MDR 1959, 565 = DB 1959, 650 = DÖV 1959, 507 = NdsRpfl. 1959, 127 = LM Nr. 13 zu § 6 HöfeO.

keit des Vorrangs des männlichen Geschlechts bejaht. Der BGH führt in diesem Beschluß aus, die Bevorzugung des männlichen Geschlechts entspreche einem Jahrhunderte alten Brauch. Dieser wäre zwar unbeachtlich, wenn er mit dem Grundgesetz in Widerspruch stände. Das sei jedoch nicht der Fall. Mit dem Grundsatz der ungeteilten Vererbung des Hofes sei eine ungleiche Behandlung von Personen in gleicher Rechtslage verbunden. Der Gesetzgeber stehe daher vor der Notwendigkeit, bei der Regelung der gesetzlichen Hoffolge unter gleichnamigen Verwandten einen von ihnen zum gesetzlichen Hoferben zu bestimmen. Die Auswahl des Gesetzgebers verhalte sich im Rahmen des Verfassungsrechts. Art. 3 Abs. 2 enthalte ebenso wie Art. 3 Abs. 3 GG eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG (unter Berufung auf BVerfGE 3, 225). Dieser Gleichheitsgrundsatz verbiete nur, daß wesentlich Gleiches ohne zureichenden Grund ungleich behandelt werde. Der Gleichheitssatz sei verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die rechtlich verschiedene Behandlung nicht finden lasse, wenn also die Rechtsungleichheit als willkürlich bezeichnet werden müsse (unter Berufung auf BVerfGE 1, 14 [52]; 2, 336 [340]). Eine erbrechtliche Sonderregelung verstoße danach nur gegen das GG, wenn sie nicht auf vernünftigen, sachlich begründeten Erwägungen beruhe.

Davon könne jedoch bei dem Vorrang des männlichen Geschlechts in der Hoferbenfolge nicht gesprochen werden. Die objektiven biologischen und funktionalen Unterschiede der beiden Geschlechter, insbesondere die in der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses begründeten Unterschiede in der Arbeitsteilung zwischen Mann und Frau erlaubten nicht nur, sondern verlangten unter Umständen eine unterschiedliche Regelung ihrer Lebensverhältnisse. Die Bewirtschaftung eines Bauernhofes stelle eine Familienwirtschaft dar, in der dem Manne und der Frau nach der natürlichen Ordnung verschiedene Aufgaben zugewiesen seien. Dem Manne obliege grundsätzlich die Außenwirtschaft und damit die gesamte Planung und Leitung des Betriebes überhaupt, während die Frau die Innenwirtschaft mit den Arbeiten im Haushalt, Stall und Garten besorge. Die ordnungsmäßige Bewirtschaftung eines Hofes erfordere, insbesondere bei den die Mehrzahl bildenden kleineren und mittleren Betrieben, die körperliche Mitarbeit des Mannes. Die dem Manne zufallenden Arbeiten stellten an die technische und körperliche Leistungsfähigkeit Anforderungen, denen eine Frau normalerweise auf die Dauer nicht gewachsen sei. Dem stehe die Tatsache, daß in Krisenzeiten, vor allem im ersten und zweiten Weltkrieg, Bauersfrauen in Abwesenheit ihrer Männer hervorragende Leistungen vollbracht haben und auch sonst alleinstehende Frauen vielfach ihre Höfe mustergültig bewirtschaften, nicht entgegen. Dies seien Ausnahmerecheinungen.

Die Entscheidung des BGH ist lebhaft kritisiert worden.¹⁾ Ihr ist aber auch teilweise zugestimmt worden.²⁾ Das Bundesverfassungsgericht ist in dieser Frage angerufen worden; seine Entscheidung steht jedoch noch aus.

1) Dürig NJW 1959, 1173; Baur JZ 1959, 443; Pikalo NJW 1959, 1611; Redmann FamRZ 1961, 409; Hildegard Krüger DOV 1959, 494, die m. E. jedoch in Form und Begründung über das Ziel hinausschießt. Ablehnend wohl auch Bosch FamRZ 1959, 283.

2) Hedemann JR 1959, 448; Lange-Wulff Bem. 71 a; Röttermann NJW 1960, 949; Schardey S. 35 ff. Wöhrmann RdL 1960, 57. Gleicher Ansicht wie der BGH schon früher: OLG Braunschweig RdL 1958, 123; OLG Celle NJW 1956, 1157 = RdL 1956, 84 = FamRZ 1956, 128 = NdsRpfl. 1956, 48; AG Warendorf RdL 1957, 292; Bergmann FamRZ 1959, 87, 91; Wöhrmann RdL 1955, 62; Röttermann NJW 1956, 1157; Lange NJW 1957, 1504; Böhrer, Crundrechte, S. 408; Staudinger-Böhmer § 23 Einl. vor § 1922 RN. 7; Herminghaus NJW 1955, 1867; Zivilrechtskommission des Deutschen Richterbundes DRiZ 1954, 253. A. A. schon vorher: OLG Oldenburg NdsRpfl. 1959, 102; Bendel S. 43 ff.; Pikalo RdL 1953, 95.

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, ausführlich die Verfassungsmäßigkeit des Vorrangs des männlichen Geschlechts zu erörtern. Im Rahmen des gestellten Themas können nur die Grundfragen aufgezeigt und behandelt werden.

Dürig¹⁾ hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß der BGH die von ihm zitierte Entscheidung des BVerfG²⁾ fehlgedeutet hat. Die Absätze 2 und 3 des Art. 3 können nicht so verstanden werden, daß sie lediglich das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG wiederholen. Art. 3 Abs. 2 GG muß vielmehr als eine Erweiterung des allgemeinen Gleichheitssatzes aufgefaßt werden.³⁾ Es kann nicht Sinn des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau sein, daß eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter bis zur Willkürgrenze erlaubt ist. Art. 3 Abs. 2 GG will vielmehr die Geschlechterunterschiede beseitigen und nur dann eine Differenzierung zulassen, wenn die biologischen und funktionalen Unterschiede eine gegensätzliche Regelung gebieten, weil jede andere Regelung willkürlich erscheinen würde.⁴⁾ Zutreffend weist Baur⁵⁾ darauf hin, daß Art. 3 Abs. 2 GG schon deswegen in dieser Weise ausgelegt werden muß, weil andernfalls alles beim alten hätte bleiben können; denn niemand wird die der Gleichberechtigung widersprechenden Vorschriften als willkürlich und unvernünftig bezeichnen können.

Die Rangfolge der Hoferbenordnung benachteiligt die Frau. Unter diesen Umständen ist die Bestimmung des § 6 Abs. 1 Satz 3 HöfeO verfassungsrechtlich nur haltbar, wenn sie durch übergreifende, das heißt auch dem Gleichberechtigungsgebot gegenüber sich durchsetzende verfassungsrechtliche Wertentscheidungen getragen wird.⁶⁾ Der BGH geht demnach von einer unrichtigen Fragestellung aus. Es kommt nicht darauf an, ob die Rechtsungleichheit als willkürlich angesehen werden muß, sondern ob eine durchgreifende Wertentscheidung vorhanden ist, die die unterschiedliche Regelung der Rechtslage rechtfertigt. Eine derartige Wertentscheidung ist aber nicht ersichtlich.

Mit Dürig⁷⁾ kann die Frage nach der Verfassungswidrigkeit einer die Frau benachteiligenden Vorschrift auch so gestellt werden, daß eine derartige Vorschrift nur dann als verfassungsmäßig bezeichnet werden kann, wenn ihr Wegfall eine Rechtslage auslöst, die unvernünftig oder willkürlich ist. Auch diese Folge würde beim Fortfall des § 6 Abs. 1 Satz 3 HöfeO nicht eintreten.

Gegen die Richtigkeit der Entscheidung des BGH spricht noch ein weiterer, durchgreifender Grund. Nach Ansicht des BGH ist die Zurücksetzung der Frau innerhalb derselben Ordnung deswegen gerechtfertigt, weil sie in der Regel den starken Anforderungen, die der Beruf eines Bauern mit sich bringt, nicht gewachsen sei. Dieses, die Entscheidung des BGH tragende Argument ist unzutreffend.

Hoferbe kann nur eine wirtschaftsfähige Person werden (§ 6 Abs. 5 Satz 1 HöfeO). Eine erschöpfende Begriffsbestimmung der Wirtschaftsfähigkeit gibt das Gesetz nicht. § 6 Abs. 5 Satz 1 HöfeO formuliert lediglich negativ, daß derjenige nicht wirtschaftsfähig ist, der die ordnungsmäßige Bewirtschaftung

1) Dürig NJW 1959, 1173.

2) BVerfGE 3, 225.

3) Klarstellend nunmehr BVerfGE 10, 59 = NJW 1959, 1483.

4) Dürig aaO.

5) JZ 1959, 443.

6) BVerfGE 10, 59 = NJW 1959, 1483.

7) aaO.

der Grundstücke zum Nachteil der allgemeinen Ernährungslage¹⁾ gefährden würde. Das Gesetz hat damit die Auslegung dieses Begriffes der Rechtsprechung überlassen. Der BGH fordert für die Wirtschaftsfähigkeit, daß die betreffende Person nach ihren körperlichen Fähigkeiten, nach ihren Kenntnissen und nach ihrer Persönlichkeit in der Lage ist, den von ihr zu übernehmenden Hof ordnungsgemäß zu bewirtschaften. Sie muß aber auch imstande sein, einen modernen Wirtschaftsplan aufzustellen und durchzuführen.²⁾ Der Wille zur Eigenbewirtschaftung ist jedoch nicht erforderlich. Es genügt dann die technische und finanzielle Fähigkeit zur Bewirtschaftung des Hofes.³⁾ Bei Beurteilung der Wirtschaftsfähigkeit der Frau legt die Rechtsprechung im allgemeinen dieselben Maßstäbe an, die für die Wirtschaftsfähigkeit des männlichen Nachfolgers entscheidend sind.⁴⁾ Zwar wird nicht verlangt, daß die Frau in der Lage ist, alle landwirtschaftlichen Arbeiten, insbesondere die in der Regel von einem Mann auszuführenden Außenarbeiten selbst zu verrichten. Sie muß aber zur Leitung des Hofes fähig sein, also etwaige Hilfskräfte überwachen und deren Arbeiten beurteilen können.⁵⁾ Zugunsten der Frau kann berücksichtigt werden, daß ihr Ehemann die Außenarbeiten ordnungsgemäß ausführen kann.⁶⁾ Sind mehrere Erben derselben Ordnung vorhanden, dann werden an die Wirtschaftsfähigkeit immer strenge Anforderungen gestellt.⁷⁾

Werden aber von einer Frau dieselben Voraussetzungen für ihre Hoferben-eigenschaft verlangt, so kann ihre vermeintlich mangelnde Eignung zur Bewirtschaftung eines Hofes nicht als Rechtfertigung für den Vorzug des männlichen Geschlechts in der Hoferbenordnung verwandt werden. Wenn eine Frau zur Bewirtschaftung des Hofes nicht in der Lage ist, also nicht wirtschaftsfähig ist, kann sie ohnehin nicht Hoferbin werden. Das Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit ist bereits das Ventil, das den Übergang des Hofes auf eine ungeeignete Person ausschließt. Damit ist aber auch der Nachweis erbracht, daß für den Vorrang des Mannes in der Hoferbenordnung kein vernünftiger, in der Natur der Sache liegender oder sonstwie einleuchtender Grund besteht.⁸⁾ Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, warum einer wirtschaftsfähigen Frau der Hofanfall verwehrt sein soll. Der BGH führt in seinem Beschluß selbst aus, daß die Befürchtung, die Frau könnte etwa nach einer Heirat mit dem Hof dem Anerbengedanken zuwider verfahren, kein Grund ist, ihr das Erbrecht am Hof zu versagen. Nach ständiger Rechtsprechung ist die subjektive Einstellung des Erbprätendenten für die Qualifikation als Hoferben unerheblich.⁹⁾

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß die Wirtschaftsfähigkeit des Hoferben nicht in jedem Falle gefordert wird. Die Vorschrift des § 6 Abs. 5 Satz 2 HöfeO, die in drei Fällen von dem Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit absieht, ist in diesem Zusammenhang beinahe bedeutungslos. Der Vorrang des männlichen Geschlechts gilt nur innerhalb derselben Ordnung. Deshalb haben die beiden letzten Tatbestände dieser Bestimmung auf den Vorzug des männlichen Geschlechts keinen Einfluß. Der erste Tatbestand

1) Die Gefährdung der allgemeinen Ernährungslage ist im § 12 des Entwurfs der Bundesregierung als heute entbehrlich fortgelassen worden.

2) BGH RdL 1951, 216; RdL 1952, 270; RdL 1953, 222; vgl. auch Wöhrmann, Nachtrag § 6 S. 10.

3) BGH RdL 1958, 315 = DNotZ 1959, 147.

4) BGH NJW 1955, 545 = RdL 1955, 84; a. A. Bergmann FamRZ 1959, 92.

5) BGH aaO. Weniger streng Frisius RdL 1953, 208.

6) Lange-Wulff § 6 Bem. 90 d. Der Frau darf die Wirtschaftsfähigkeit jedoch nicht mit der Begründung abgesprochen werden, daß ihr Mann nicht wirtschaftsfähig sei.

7) Vgl. die Rechtsprechungshinweise von Wöhrmann § 6 Anm. II B 1 c.

8) Im Ergebnis ebenso Baur JZ 1959, 443; OLG Oldenburg NdsRpfl. 1959, 102 (103).

9) BGH RdL 1952, 270; RdL 1958, 315 = DNotZ 1959, 147 = LM Nr. 12 zu § 6 HöfeO.

schränkt den Begriff der Wirtschaftsfähigkeit lediglich ein. Danach schließt mangelnde Altersreife die Wirtschaftsfähigkeit nicht aus. Insoweit kann zwar eine Kollision mit dem Vorrang des männlichen Geschlechts eintreten, nämlich dann, wenn bei Jüngstenrecht eine minderjährige, infolgedessen nicht wirtschaftsfähige Tochter einem älteren, wirtschaftsfähigen Sohn gegenübersteht oder wenn bei Ältestenrecht neben einer älteren, minderjährigen und daher nicht wirtschaftsfähigen Tochter ein jüngerer Sohn vorhanden ist. Insoweit handelt es sich um Ausnahmefälle, die den Vorrang des männlichen Geschlechts nicht zu rechtfertigen vermögen.¹⁾

Zu untersuchen bleibt noch, ob der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt ist, weil nur ein bestimmter von mehreren Erben Hoferbe wird. Es fragt sich also, ob das Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit, das Jüngsten- und Ältestenrecht, der Vorrang der ehelichen Kinder gegenüber den adoptierten und für ehelich erklärten Kinder des Vaters sowie gegenüber den unehelichen der Mutter und die Bevorzugung der vollbürtigen vor den halbbürtigen Geschwistern mit der Verfassung im Einklang steht. Der Grundsatz der geschlossenen Vererbung des Hofes auf nur einen Erben ist notwendigerweise mit einer unterschiedlichen Behandlung von Personen in gleicher Rechtslage und Rechtsbeziehung verbunden. Bejaht man daher die Zulässigkeit des Anerbenrechts, dann muß man folgerichtig die Benachteiligung dieser Personenkreise, die auf Grund der Hoferbenordnung eintritt, für verfassungsmäßig halten.

Es ist schon erörtert worden²⁾, daß das Hoferbenrecht die Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG nicht verletzt. Damit ist für die Lösung des hier gestellten Problems noch nichts gewonnen. Hier geht es um die Frage, ob die vom Gesetzgeber bei der Hoferbenordnung getroffene Auswahl einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstellt. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es wiederum auf den Ausgangspunkt an. Wäre die von der HöfeO gewählte Hoferbenordnung nur haltbar, wenn sie auf übergreifende, dem Gleichberechtigungsgebot gegenüber sich durchsetzende verfassungsrechtliche Wertentscheidungen gestützt werden kann, so würde die Verfassungswidrigkeit dieser Auswahl — vielleicht mit Ausnahme des Erfordernisses der Wirtschaftsfähigkeit — kaum zu verneinen sein.

Zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 und dem Art. 3 Abs. 2 und 3 GG besteht jedoch ein Unterschied. Das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG ist weniger streng als die Gleichheitsgrundsätze des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Im Bereich des Art. 3 Abs. 1 GG, der auf einem Vergleich von Lebensverhältnissen beruht, die nie in allen, sondern nur in einzelnen Tatbeständen gleich sind, hat der Gesetzgeber darüber zu entscheiden, „welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse maßgebend dafür sind, sie im Recht gleich oder ungleich zu behandeln“. ³⁾ Diese Entscheidungsfreiheit ist dem Gesetzgeber in den Fällen des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genommen. ⁴⁾ Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist demnach nur gegeben, wenn der Gesetzgeber seine Entscheidungsfreiheit mißbräuchlich gehandhabt hat. Das ist aber lediglich dann der Fall — und so ergibt sich eine ganz andere Fragestellung —, wenn sich für die vom Gesetzgeber getroffene Regelung kein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder

1) In dem Entwurf der Bundesregierung ist der Vorrang des männlichen Geschlechts nicht enthalten.

2) Vgl. Abschnitt B). Dort ging es aber nur um die Bevorzugung des Hoferben gegenüber den weichen Erben ganz allgemein, nicht um die Frage der Auswahl des Hoferben.

3) BVerfGE 6, 273 (280) = NJW 1957, 665.

4) BVerfGE 10, 59 = NJW 1959, 1483.

sonstwie einleuchtender Grund finden läßt.¹⁾ Unter diesem Gesichtspunkt kann die Hoferbenfolge nicht als willkürlich angesehen werden.^{2) 3)}

Die Mutter des Erblassers ist im § 5 Ziff. 3 HöfeO dadurch benachteiligt, daß der Hof dem Vater des Hofeigentümers vor der Mutter anfällt, wenn der Hof weder aus der Familie des Vaters noch aus der der Mutter stammt. Diese Bestimmung ist aus den oben dargestellten Gründen verfassungswidrig; denn sie verstößt gegen Art. 3 Abs. 2 GG. Nach dem Regierungsentwurf fällt daher in diesem Fall der Hof beiden Ehegatten zu. Dadurch entsteht ein Ehegattenhof (§ 17 Abs. 2 des Entwurfs). Die Bevorzugung in Ziff. 3 und 4 des § 5 HöfeO desjenigen Elternteils, aus dessen Familie der Hof stammt, ist hingegen mit der Verfassung vereinbar. Diese Regelung ist daher auch im Regierungsentwurf beibehalten worden (§ 17 Abs. 1).

1) BVerfGE 2, 336 (340) = NJW 1953, 1097.

2) Ebenso Dürig aaO.; Baur aaO.; Bergmann FamRZ 1959, 88; Staudinger-Böhmer, Einl. § 23 III RN. 7; Pikalo NJW 1959, 1611. A. A. Krüger DOV 1959, 494 Anm. 2. Nach ihrer Ansicht ist die Bestimmung des § 6 Abs. 2 Satz 2, wonach die für ehelich erklärten Kinder des Vaters und die unehelichen der Mutter den ehelichen Kindern nachgehen, mit Art. 6 Abs. 5, Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Krüger übersieht dabei jedoch den Unterschied zwischen den einzelnen Absätzen des Art. 3 GG. Art. 6 Abs. 5 kommt insoweit keine den Absätzen 2 und 3 des Art. 3 GG gleichrangige Bedeutung zu.

3) Bendel S. 55 hat insoweit Bedenken und schlägt daher vor, von einer gesetzlichen Hoffolgeordnung abzusehen und stattdessen Hoferben denjenigen werden zu lassen, der vom Erblasser nach außen erkennbar, insbesondere durch Art, Umfang und Dauer seiner Beschäftigung auf dem Hof oder seiner Ausbildung, zu seinem Nachfolger bestimmt hat. Trifft das für mehrere oder für niemand zu, so soll der am besten geeignete Hoferbe werden. Bei einem Ehegattenhof soll der überlebende Ehegatte Hoferbe werden. Nur der zuletzt genannte Vorschlag ist diskutabel (anders jedoch § 19 des Regierungsentwurfs). Im übrigen würde die Verwirklichung der Vorschläge Bendels für die Praxis wegen der dadurch hervorgerufenen Rechtsunsicherheit verheerende Folgen haben.

H) Die Hoferbenfolge auf Grund einer letztwilligen Verfügung

Die bisherigen Ausführungen haben sich auf die kraft Gesetzes eintretende Hoferbenfolge beschränkt. Die Darstellung des in der HöfeO enthaltenen Sondererbrechts wäre jedoch unvollständig, wenn nicht auch die Anerbenfolge, die auf eine letztwillige Verfügung des Hofeigentümers zurückgeht, behandelt werden würde.

I. Die Testierfreiheit des Erblassers

Art. 64 EGBGB hat das Anerbenrecht der Länder bei Inkrafttreten des BGB unberührt gelassen. Gleichzeitig ist aber in dieser Vorschrift der Grundsatz aufgestellt, daß die Landesgesetze das Recht des Erblassers, von Todes wegen über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück zu verfügen, nicht beschränken dürfen.¹⁾ Dieses Verbot der Beschränkung der Testierfreiheit verleiht dem Erblasser die Befugnis, über den Hof jede beliebige, nach den Vorschriften des BGB zulässige, letztwillige Anordnung zu treffen. Der Hofeigentümer hat daher auch das Recht, durch Verfügung von Todes wegen die geschlossene Vererbung des Hofes auszuschließen.²⁾

Die HöfeO beseitigt im Gegensatz zum REG³⁾ die Testierfreiheit des Erblassers zwar nicht, sie schränkt diese jedoch unstreitig in zweifacher Hinsicht ein. Nach § 7 Abs. 1 HöfeO kann der Eigentümer den Hoferben durch Verfügung von Todes wegen⁴⁾ frei bestimmen oder ihm den Hof im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (Übergabevertrag) übergeben. § 16 Abs. 1 HöfeO ordnet demgegenüber an, daß der Eigentümer die Erbfolge kraft Höferechts (§ 4) durch letztwillige Verfügung nicht ausschließen darf. Er darf sie allerdings beschränken. Dennoch wird durch diese Vorschrift, die in den §§ 4, 19 des Lippischen Anerbengesetzes einen Vorgänger hat, die im Art. 64 EGBGB geforderte Testierfreiheit eingeeengt. Dasselbe gilt von der im § 7 Abs. 2 HöfeO getroffenen Anordnung, daß der Erblasser bei der Auswahl des Hoferben der Zustimmung des Gerichts bedarf, wenn er sämtliche Abkömmlinge übergehen will. Beide Bestimmungen sind mit Art. 64 Abs. 2 EGBGB nicht vereinbar. Dies berührt die Gültigkeit dieser Vorschriften jedoch nicht. Bis zum 5. 5. 1955 stand die HöfeO als Besatzungsrecht ohnehin außerhalb des deutschen Rechtssystems. Aber auch nach diesem Zeitpunkt hat sich dieser Rechtszustand im Ergebnis nicht geändert. Art. 31 GG regelt das Rangverhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht. Danach bricht das Bundesrecht das Landesrecht. Die HöfeO stellt aber, da sie in vier Bundesländern einheitlich gilt, kein Landesrecht, sondern partielles Bundesrecht gemäß Art. 123 Abs. 1 GG dar.⁵⁾ Art. 64 EGBGB bezieht sich somit nicht auf die HöfeO.

II. Der verwaiste Hof

Durch die Bestimmung des § 16 Abs. 1 HöfeO ist die Testierfreiheit des Hofeigentümers insofern eingeschränkt, als er die geschlossene Vererbung des Hofes auf nur einen Erben nicht ausschließen darf. Diese Beschränkung der

1) Daran haben sich die AnerbenG von Baden, § 6, Württemberg Art. 6, Hessen §§ 12, 27 Bremen § 8, Rheinland-Pfalz §§ 14, 15 gehalten. Anders dagegen Württemberg-Hohenzollern Art. 1, 6. Danach darf der Eigentümer die geschlossene Vererbung des Anerbengutes nicht aufheben. Einen anderen Erben darf er nur unter seinen Erben auswählen.

2) RGZ 70, 50; Staudinger-Gramm Art. 64 RN. 7; Bauer in Soergel-Siebert Art. 64 RN. 2. A. A. Staudinger-Böhmer Einl. § 23 vor § 1922 RN. 13; Palandt-Keidel Art. 64 Anm. 1.

3) Das Erbhofrecht hatte das Auswahlrecht des Erbhofbauern durch mehr als 20 Vorschriften beschränkt. Vgl. auch §§ 54, 54a EHRV.

4) also durch Testament oder Erbvertrag. In diesem Fall handelt es sich um eine gewillkürte Sondererbfolge.

5) Vgl. dazu Abschnitt B) I; Pikalo NJW 1959, 1610.

Testierfreiheit entfällt bei einem sog. verwaisten Hof. Von einem verwaisten Hof spricht man, wenn kein Hoferbe vorhanden ist. Das ist dann der Fall, wenn der Erblasser keine hoferbenberechtigte Person im Sinne der §§ 5, 6 HofeO hinterlassen hat oder wenn diese Person infolge Wirtschaftsuntüchtigkeit (§ 6 Abs. 5), Ausschlagung (§ 11), Erbverzichtsvertrag oder Erbnunwürdigung aus dem Kreis der Hoferben ausscheidet. Der verwaiste Hof vererbt sich gemäß § 10 HofeO nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts. § 10 HofeO bezieht sich ausschließlich auf den Fall, daß keine gesetzlichen Hoferben vorhanden sind. Die Erbfolge bei einem in einer Verfügung von Todes wegen berufenen Hoferben richtet sich dagegen immer nach allgemeinem Recht, allerdings mit den Einschränkungen, die § 16 Abs. 1 HofeO angeordnet hat.¹⁾ Würde man nur Wöhrmann²⁾ die bürgerlichrechtlichen Vorschriften auch dann nicht anwenden, wenn ein letztwillig bestimmter Hoferbe vorhanden ist, dann wäre § 16 Abs. 1 HofeO überflüssig.³⁾ Die Testierfreiheit ergibt sich aus dem allgemeinen Recht. § 7 Abs. 1 HofeO spricht nur von der Bestimmung des Hoferben. Wäre daher das allgemeine Erbrecht nicht anwendbar, dann hätte die Einschränkung der Testierfreiheit, die mehr enthält als nur die Bestimmung des Erben, keinen rechten Sinn.

Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß die weichenenden Erben mangels einer anderweitigen Bestimmung des Erblassers einen Abfindungsanspruch gemäß § 12 HofeO haben und daß sich für sie Pflichtteilsansprüche ergeben können, deren Höhe sich nach Höferecht richtet. Diese Folgen ergeben sich aus der Beschränkung der Testierfreiheit (§ 16 Abs. 1 HofeO). Danach kann die Erbfolge kraft Höferechts nicht ausgeschlossen werden. § 4 Satz 2 HofeO bestimmt, daß die weichenenden Erben am Hof wertmäßig zu beteiligen sind. Zu der Erbfolge kraft Höferechts gehört daher nicht nur die durch § 4 Satz 1 HofeO ausgelöste dingliche Zuordnung, sondern auch die wertmäßige Zuordnung, die sich aus § 4 Satz 2 HofeO ergibt.⁴⁾ Liegt daher eine anderslautende Anordnung des Erblassers nicht vor, die in zulässiger Weise die wertmäßige Zuordnung regelt (§ 16 Abs. 1 Satz 2 HofeO), dann steht den weichenenden Erben das gesetzliche Vermächtnis des § 12 HofeO zu, das, wie bereits ausgeführt⁵⁾, den Charakter einer Erbberechtigung trägt. Da die Vorschrift des § 12 HofeO den Grundsatz des § 4 Satz 2 HofeO ausführt, ist sie ein Teil der Erbfolge kraft Höferechts.⁶⁾ Der Erblasser kann den Anspruch des § 12 HofeO zwar modifizieren oder ganz entziehen. Dies folgt nicht nur aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 HofeO, sondern ergibt sich auch aus der Tatsache, daß den weichenenden Erben Pflichtteilsansprüche, deren Höhe sich nach Höferecht berechnen, erwachsen können (§ 16 Abs. 2 HofeO). Abfindungs- und Pflichtteilsanspruch sind demnach die Folgen, die sich aus der Beschränkung der Testierfreiheit ergeben, und nicht eine Auswirkung dessen, daß sich die Hoferbenfolge auf Grund einer Verfügung von Todes wegen nach Höferecht richtet.

Diese Schranken entfallen, wenn hoferbenberechtigte Personen des § 5 HofeO nicht vorhanden sind. In diesem Falle ist der Hofeigentümer sogar befugt, den Hof auf mehrere Personen zu verteilen; denn es tritt nicht die Erbfolge kraft Höferechts gemäß § 4 HofeO, sondern, da nach § 10 HofeO ein ver-

1) Vgl. BGH NJW 1961, 1674. Ähnlich wie hier Lange-Wulff § 4 Bem. 54. Sie unterscheiden jedoch, ob nach der letztwilligen Verfügung die zum Hoferben berufene Person Erbe nach Höferecht oder nach allgemeinem Recht werden sollte. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht gerechtfertigt, zumal sich oftmals eine Abgrenzung nicht finden läßt. Vgl. aber auch § 10 Bem. 132, 134.

2) § 10 Anm. I; ebenso OGHZ 3, 269.

3) Anders § 40 des Entwurfs der Bundesregierung. Der Entwurf kennt eine Beschränkung der Testierfreiheit nur durch einen im § 38 geregelten Genehmigungszwang.

4) Wöhrmann § 16 Anm. II; Lange-Wulff § 16 Bem. 211, 212 g.

5) Vgl. Kap. 2 Abschnitt D

6) Lange-Wulff § 16 Bem. 211.

waister Hof vorliegt, die Erbfolge nach allgemeinem Recht ein.¹⁾ Die gegen-
teilige Ansicht, die an sich die logische Folge der — verfehlten — Auslegung
des § 10 HöfeO ist, ist auch im Ergebnis nicht einleuchtend. Wenn die ge-
schlossene und unmittelbare Vererbung des Hofes auf nur einen Erben dann
nicht erfolgt, wenn hoferbenberechtigte Personen im Sinne des § 5 HöfeO
fehlen oder ausscheiden, der Gesetzgeber sich also von den Fesseln des
Anerbenrechtes befreit hat, so ist nicht einzusehen, daß der Hofeigentümer
in diesem Fall an die Hoferbenfolge gebunden sein soll. Die Tendenz der
Rechtsprechung geht sowieso dahin, die Schranken der Testierfreiheit aufzu-
lockern. So ist es neuerdings zugelassen worden, daß Tochter und Schwieger-
sohn im Wege des Übergabevertrages, also durch vorweggenommene Erb-
folge, je zur ideellen Hälfte Eigentümer des Hofes werden.²⁾ Allerdings
bedarf dieser Übergabevertrag nach § 7 Abs. 2 HöfeO der Genehmigung
des Landwirtschaftsgerichts, da die Tochter als Abkömmling zum Teil als
Hoferbe übergangen wird.

Sind hoferbenberechtigte Verwandte nach § 5 HöfeO vorhanden, sei es
auch nur Personen der zweiten bis fünften Ordnung, so verbietet § 16 Abs. 1
HöfeO dem Erblasser, den Hof unter mehreren Erben zu verteilen; denn
in diesem Falle würde, falls der Erblasser nicht testiert hätte, die Erbfolge
kraft Höferechts eintreten. Diese darf er jedoch nicht ausschließen.

III. Die gewillkürte Hoferbenbestimmung

Die gewillkürte Hoferbenbestimmung löst, was die Eigentumsverhältnisse
am Hof angeht, dieselben Rechtsfolgen wie die gesetzliche Hoferbenfolge
aus. Auch wenn der Erblasser mehrere zu Erben eingesetzt hat, geht der Hof
geschlossen auf den von ihm bestimmten Hoferben allein über. Dieser Über-
gang vollzieht sich im Wege der Sondererbfolge und nicht etwa auf Grund
einer Auseinandersetzungsanordnung. Die letztwillige Verfügung des Erb-
lassers führt daher ebenfalls zu einer Durchbrechung des Gesamthandsprin-
zips und zu einer anderen Eigentumszuordnung, als sie nach den Vorschriften
des BGB eintritt. Die wertmäßige Zuordnung des Hofes richtet sich nach den
§§ 12, 13, 15 HöfeO, falls der Erblasser insoweit keine anderweitige Anord-
nung getroffen hat. Insofern hat ihm die HöfeO keinerlei Beschränkungen
auferlegt. Jedoch kann der Erblasser weder den Hoferben noch den wei-
chenden Erben den gesetzlichen Pflichtteil entziehen, es sei denn, daß er
dazu nach den §§ 2333 ff. BGB befugt ist.

Der Erblasser bedarf gemäß § 7 Abs. 2 HöfeO der Zustimmung des Gerichts,
wenn er bei der Auswahl des Hoferben seine sämtlichen Abkömmlinge über-
gehen will.³⁾ Im übrigen sind ihm aber bei der Bestimmung des Hoferben
keine Schranken gesetzt, wie ein Umkehrschluß, der aus der Bestimmung des
§ 7 Abs. 2 HöfeO gezogen werden kann, ergibt. Die freie Hoferbenbestim-
mung schließt die Befugnis ein, die Hoferbenberechtigten des § 5 Ziff. 2
bis 5 HöfeO zu übergehen und eine familienfremde Person zum Hoferben
einzusetzen.⁴⁾

1) OGHZ, 3, 269 = NJW 1950, 425 = RdL 1950, 144; BGH NJW 1952, 877 = RdL 1952, 246 = MDR 1952, 601; Lange-Wulff § 10 Bem. 134. A. A. Wöhrmann § 10 Anm. I a. E.; OLG Braunschweig RdL 1950, 145.

2) BGHZ 22, 19 = RdL 1957, 10 = DNotZ 1957, 110 = MDR 1957, 92; OLG Celle RdL 1958, 74. So schon Pikalo RdL 1953, 94. A. A. Wöhrmann RdL 1957, 12 ff.

3) Abkömmling in diesem Sinne ist auch ein Adoptivkind (BGHZ 3, 214 = NJW 1952, 103; OLG Hamm RdL 1951, 195). Eine Übergehung liegt auch vor, wenn bei der Anord-
nung einer Vor- und Nacherbschaft der Nacherbe kein Abkömmling ist (Lange-Wulff § 7
Bem. 94).

4) H. M.: BGHZ 1, 116 (120) = RdL 1951, 96; BGHZ 1, 124 (126) = RdL 1951, 106; OGHZ 3, 173 = RdL 1950, 88; Dieckhoff MDR 1948, 331; Nickol MDR 1947, 145.
Staudinger-Böhmert Einl. vor § 1922 § 19 RN. 13; Wöhrmann § 7 Anm. II mit weiteren
Nachweisen. A. A. Lange-Wulff § 7 Bem. 94 in 4. Aufl., offenbar in 5. Aufl. aufgegeben,
Bem. 94 d.

Umstrittener ist dagegen die Frage, ob der Hofeigentümer eine wirtschaftsunfähige¹⁾ (natürliche oder juristische) Person als Hofnachfolger einsetzen darf. Während Wöhrmann²⁾ und Lange-Wulff³⁾ die Auffassung vertreten, eine gewillkürte Hoferbenbestimmung sei nur wirksam, wenn durch sie eine wirtschaftsfähige Person im Sinne des § 6 Abs. 5 HöfeO zum Hoferben berufen ist, es sei denn, daß das Gesetz selbst von dem Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit absieht, unterscheidet der BGH, ob hoferbenberechtigte Verwandte der zweiten bis fünften Ordnung des § 5 HöfeO vorhanden sind oder nicht. Leben solche Personen und sind sie nicht von der Hoferbfolge aus gesetzlichen Gründen ausgeschlossen, dann ist auch nach der Ansicht des BGH der Erblasser nicht berechtigt, eine wirtschaftsunfähige Person zum Erben des Hofes zu bestimmen⁴⁾. Fehlen aber solche Personen, dann ist der Hofeigentümer in der Bestimmung des Hoferben völlig frei.⁵⁾

Die weitergehende Auffassung von Wöhrmann⁶⁾ und Lange-Wulff⁷⁾ kann nicht zutreffen. Die Frage, ob der Erblasser den Hof einer wirtschaftsunfähigen Person zuwenden kann, hängt davon ab, ob die Testierfreiheit des Erblassers insoweit eingeschränkt ist oder nicht. Wenn aber hoferbenberechtigte Verwandte der ersten bis fünften Ordnung des § 5 HöfeO nicht vorhanden sind, sind, wie oben nachgewiesen, der Testierfreiheit des Erblassers keine Schranken gesetzt. Der Erblasser darf gemäß § 16 Abs. 1 HöfeO die Erbfolge kraft Höferechts durch Verfügung von Todes wegen nicht ausschließen. Ein Verstoß gegen dieses Verbot liegt jedoch nicht vor, wenn sich der Hof ohne die letztwillige Anordnung kraft Gesetzes nach allgemeinem Recht vererben würde. In diesem Fall ist der Hofeigentümer keinen Beschränkungen unterworfen.

Anders ist jedoch, wie der BGH mit Recht annimmt, der Fall zu beurteilen, wenn hoferbenberechtigte Verwandte des § 5 HöfeO vorhanden sind. Nach § 7 Abs. 2 HöfeO und seiner Stellung im Gesetz scheint zwar der Erblasser in der Bestimmung des Hoferben nur dann nicht frei zu sein, wenn er alle Abkömmlinge übergehen will. § 7 HöfeO hat jedoch die Testierverbote nicht erschöpfend behandelt. § 16 Abs. 1 HöfeO legt dem Hofeigentümer ebenfalls Schranken bei der Bestimmung des Hoferben auf. Danach darf die Erbfolge kraft Gesetzes nicht ausgeschlossen werden. Es ist daher zu untersuchen, ob die Erbfolge kraft Höferechts durchkreuzt wird, wenn eine wirtschaftsunfähige Person Erbe des Hofes wird.

Die Erbfolge kraft Höferechts ergibt sich, worauf § 16 Abs. 1 HöfeO ausdrücklich hinweist, aus § 4 HöfeO. Nach § 4 Satz 1 HöfeO fällt der Hof nur einem Erben zu. Dieses Prinzip wird durch die Bestimmung einer nicht wirtschaftsfähigen Person nicht angetastet. Die Erbfolge kraft Höferechts erschöpft sich jedoch nicht in dem Postulat, daß der Hof geschlossen auf nur einen Erben übergehen soll. Das Anerbenrecht will den Hof auch der Familie erhalten. Deshalb stellt § 5 HöfeO eine gesetzliche Hoferbenfolge auf. Diese Hoferbenordnung wird durch § 6 Abs. 5 HöfeO ergänzt. Nach dieser Bestimmung scheidet als Hoferbe aus, wer nicht wirtschaftsfähig ist. Fällt ein Hoferbe

1) Das Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit kennen auch Bremen § 11, Rheinland-Pfalz § 17 Abs. 5, § 12 des Entwurfs. Anders Baden und Hessen. Nach Art. 8 Württemberg Sollvorschrift.

2) § 6 Anm. VI B 2, § 7 Anm. II 2; so auch Kipp-Coing § 131 C 4 2 und ursprünglich OGHZ 3, 126; OLG Oldenburg MDR 1949, 108; OLG Kiel JR 1948, 51.

3) § 7 Bem. 94.

4) BGHZ 32, 288 = NJW 1960, 1251 = RdL 1960, 183.

5) BGH RdL 1952, 246 = MDR 1952, 601 = NJW 1952, 877.

6) 7) acO.

infolge Wirtschaftsunsfähigkeit weg, dann geht der Hof auf denjenigen über, der berufen wäre, wenn der Ausscheidende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§ 6 Abs. 5 Satz 3 HöfeO). Genauso wie die Hoferbenordnung gehört daher auch das Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit als Bestandteil der Hoferbenfolge zur Erbfolge kraft Höferechts. Das Anerbenrecht will den Hof wirtschaftlich gesund erhalten. Diese Zielsetzung würde vereitelt, wenn in der Regel auch solche Personen Hofnachfolger werden könnten, die zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Hofes nicht in der Lage sind. Zwischen der geschlossenen Vererbung des Hofes und der Hoferbenbestimmung besteht daher ein enger Zusammenhang. Solange das Prinzip der geschlossenen Vererbung des Hofes aufrechterhalten ist, kann auch auf die Hofnachfolge durch eine wirtschaftsfähige Person nicht verzichtet werden. Eine Ausnahme gilt nur, wie im § 6 Abs. 5 Satz 2 HöfeO anerkannt, wenn allein mangelnde Altersreife der Grund der Wirtschaftsunsfähigkeit, wenn unter den gesamten Abkömmlingen des Erblassers keine wirtschaftsfähige Person vorhanden ist oder wenn es sich bei einem Ehegattenhof um den überlebenden Ehegatten handelt.

Der Erblasser kann daher, falls nicht ausnahmsweise die Wirtschaftsfähigkeit nicht vorzuliegen braucht, nur eine wirtschaftsfähige Person zum Hoferben einsetzen, es sei denn, daß hoferbenberechtigte Verwandte des § 5 HöfeO nicht vorhanden sind. Selbst unter hoferbenberechtigten Personen der zweiten bis fünften Ordnung des § 5 HöfeO kann er keine wirtschaftsunfähige auswählen. Jede andere letztwillige Verfügung ist, da sie gegen § 16 HöfeO verstößt, gemäß § 134 BGB nichtig. Diese Nichtigkeitsfolge, und nicht etwa nur der Genehmigungszwang des § 7 Abs. 2 HöfeO, ergibt sich auch dann, wenn der Erblasser unter Übergehung seiner Abkömmlinge eine nicht wirtschaftsfähige Person zum Hoferben bestimmt hat. Diese wesentliche Bedeutung, die der Wirtschaftsfähigkeit im Hoferbenrecht zukommt, hindert den Erblasser sogar daran, unter mehreren Abkömmlingen einen wirtschaftsunfähigen als Hoferben auszuwählen, sofern ein wirtschaftsfähiger Abkömmling vorhanden ist und die Wirtschaftsunsfähigkeit des zum Hoferben berufenen Abkömmlings nicht auf mangelnder Altersreife beruht.

IV. Der Hofübergabevertrag

Diese Beschränkungen der Testierfreiheit gelten sinngemäß auch für die Auswahl des Hofübernehmers bei einem Übergabevertrag (§§ 7, 16, 17 HöfeO); denn der Übergabevertrag stellt nach der gesetzlichen Definition des § 7 Abs. 1 HöfeO eine vorweggenommene Erbfolge dar.^{1) 2)}

1) Vgl. BGHZ 22, 19 = NJW 1956, 1757 = RdL 1957, 10 = MDR 1957, 92; OLG Celle RdL 1958, 74. Die Übergabe des Hofes an Eheleute ist aber zulässig.

2) § 44 des Entwurfs der Bundesregierung.

J) Die Vererbung des dinglichen oder schuldrechtlichen Anspruchs auf Übergang des Hofes

Der Hofeigentümer hat nach den §§ 7, 17 HöfeO das Recht, den Hof im Wege des Übergabevertrages an den Hoferben zu übertragen. Unter einem Übergabevertrag versteht man einen Vertrag, „durch den Eltern ihr Vermögen, insbesondere ihren Grundbesitz, bei Lebzeiten mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge auf einen ihrer Abkömmlinge übergeben und sich dabei für sich ausreichenden Lebensunterhalt (Altenteil) und für die außer dem Übernehmer noch vorhandenen Abkömmlinge eine Abfindung ausbedingen“. ¹⁾ Zum Wesen des Übergabevertrages gehört es aber nicht, daß er mit einem Abkömmling als Übernehmer abgeschlossen wird.

Der Übergabevertrag bedarf als Veräußerungsgeschäft unter Lebenden gemäß Art. IV KRG Nr. 45 und Art. III MRVO Nr. 84 sowie § 17 Abs. 3 HöfeO der landwirtschaftsgerichtlichen Genehmigung. ²⁾ Eine weitere Genehmigungspflicht kann sich aus § 7 Abs. 2 HöfeO ergeben. Das Genehmigungsverfahren kann bewirken, daß er ohnehin zwischen Abschluß des Übergabevertrages und der Eintragung des Übernehmers im Grundbuch liegende Zeitraum unerfreulich lange hinausgeschoben wird. Es erhebt sich die Frage, was aus dem dinglichen oder schuldrechtlichen Hofübergangsanspruch wird, wenn der Übernehmer innerhalb dieses Schwebezustandes stirbt. ³⁾

Unter Geltung des REG haben sich die Gerichte verschiedentlich auf den Standpunkt gestellt, daß der Übergangsanspruch unvererblich sei. ⁴⁾ Diese Rechtsprechung hat das Reichserbhofgericht, das damals oberste Gericht in Landwirtschaftssachen, jedoch nicht bestätigt ⁵⁾, sondern hat sich für die Vererblichkeit dieses Anspruchs ausgesprochen. Dem hat sich auch die neuere Rechtsprechung angeschlossen. ⁶⁾ In der Literatur wird diese Auffassung ebenfalls grundsätzlich gebilligt. ⁷⁾ Während jedoch die einen ⁸⁾ den Übergangsanspruch schlechthin für vererblich halten, stellen andere ⁹⁾ auf den Inhalt des Übergabevertrages ab und entscheiden von Fall zu Fall, ob sich aus dem Gesamtinhalt des Vertrages die Vererblichkeit ergibt oder nicht.

Im Gegensatz zu ausschließlich persönlichkeitsbezogenen Rechtsgütern sind vermögensbezogene Rechtspositionen vererblich, es sei denn, daß sie auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift für unvererblich erklärt worden sind. Die Unvererblichkeit kann sich aber auch aus dem Inhalt und Wesen des Rechtsgutes selbst ergeben. ¹⁰⁾

1) RGZ 118, 17 = JW 1927, 2499 = DNotZ 1927, 620.

2) nunmehr §§ 2, 8 Nr. 2 GrdstVG.

3) Stirbt der Übergeber, so vererbt sich der Hof nach Höferecht auf den gesetzlichen Hoferben. Auf diesen geht aber gleichzeitig auch die Verpflichtung zur Übergabe des Hofes über, falls Hoferbe und Übernehmer nicht identisch sind. Nach § 13 Abs. 4 Westfalen, § 8 Abs. 2 Hannover gehört in einem solchen Fall der Hof nicht zum Nachlaß eines Hofeigentümers.

4) EG Nürnberg JW 1935, 1504; EG Celle JW 1936, 2738.

5) REHGE 7, 171 (175); 9, 300 (394); vgl. auch KG DNotZ 1943, 62.

6) OLG Hamm MDR 1949, 175; OLG Hamm RdL 1951, 106; OGHZ 2, 178; BGH RdL 1951, 244; BGH MDR 1952 Beilage Nr. 547.

7) Palandt-Keidel § 1922 Anm. 3 a; Beismann S. 46.

8) Wöhrmann § 17 Anm. IV 7.

9) BGH RdL 1953, 54; Bartholomeyczik S. 200; Erman-Bartholomeyczik § 1922 Anm. 3, vor § 2032 Anm. 3 a; Lange-Wulff § 4 Bem. 57, die im übrigen eine neue Genehmigung auch dann verlangen, wenn eine solche für den verstorbenen Übernehmer bereits vorliegt. Diese Auffassung ist unzutreffend; denn der Erbe des Hofübernehmers erwirbt des Übergangsanspruch kraft Gesetzes. Ein derartiger Erwerb löst jedoch eine Genehmigungspflicht nicht aus. In § 17 Bem. 242 wird angenommen, daß der Übergabevertrag regelmäßig gegenstandslos sei.

10) Vgl. Bartholomeyczik S. 31; Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 149.

Das Gesetz hat die Unvererblichkeit des Hofübergabeanspruchs nicht bestimmt. Auch aus dem Rechtscharakter des Übergabeanspruchs läßt sich nichts gegen seine Vererblichkeit herleiten. Der heute in Rechtsprechung und Schrifttum einhellig vertretene Meinung, daß der Übergabeanspruch des Hofübernehmers ein vererbliches Gut ist, ist daher zuzustimmen. Dagegen kann der Ansicht, nach der sich die Unvererblichkeit im Einzelfall aus dem Gesamthalt des Übergabevertrages ergeben kann, in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Mit dem Übergabevertrag will der alternde Bauer die Erbfolge vorwegnehmen. Er schafft durch einen Vertrag unter Lebenden für den Hofübernehmer, was die Eigentumsverhältnisse am Hof angeht, bereits die Rechtsstellung, die diesem an sich erst beim Tode des Übergebers erwachsen würde. Durch den Übergabevertrag entäußert sich der Übergeber sämtlicher Eigentumsrechte am Hof in der Weise, als sei der Erbfall bereits eingetreten. Wenn sich auch der Hofübergeber im allgemeinen in dem Überlassungsvertrag nicht unerhebliche Leistungen, die mit Mitteln des Hofes zu erbringen sind, als Gegenleistungen für die vorzeitige Eigentumsübertragung und zur Sicherung seines Lebensbedarfs versprechen läßt und daher ein eigenes Interesse an einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung des neuen Bewirtschafters hat, so kann dennoch nicht gesagt werden, daß der Schwerpunkt der mit dem Übergabevertrag dem Hofübernehmer eingeräumten Rechts- und Pflichtenlage in dessen Person liegt. Stirbt der Hofübernehmer vor dem Übergeber, nachdem bereits der Übernehmer Eigentümer des Hofes geworden ist, so fällt der Hof nicht etwa an den Hofübergeber zurück mit der Folge, daß dieser nunmehr erneut den Hofnachfolger auswählen kann. Der Hofübergeber muß bei Abschluß des Übergabevertrages damit rechnen, daß der Übernehmer vorverstirbt. Durch die vorweggenommene Erbfolge hat sich der Übergeber jeglichen Einflusses auf die dingliche Zuordnung des Hofes nach dem Eigentumsübergang begeben. Es ist aber nicht einzusehen, daß für den Schwebezustand, der zwischen Abschluß des dinglichen Hofübergabevertrages und der Eintragung des Übernehmers im Grundbuch liegt, etwas anderes gelten soll. Die für den Eigentumsübergang noch erforderlichen Tatbestände, die Erteilung der landwirtschaftsgerichtlichen Genehmigung und die Eintragung im Grundbuch, liegen außerhalb des Entscheidungsbereichs des Übergebers einerseits und des Übernehmers andererseits. Der Übergeber hat alles seinerseits Erforderliche getan, um den Eigentumsübergang zu ermöglichen. Für ihn ergibt sich somit keine andere Situation, als wenn die Genehmigung bereits erteilt und die Eintragung schon erfolgt wären. Wenn der Übergeber nach Abschluß des dinglichen Übergabevertrages aber nur noch eine formale Rechtsstellung hinsichtlich des Eigentums am Hof innehat, dann müssen der für den Übernehmer entstandene Übergabeanspruch und das Anwartschaftsrecht am Hof als ein vererbliches Gut angesehen werden.¹⁾ Für den schuldrechtlichen Übergabevertrag kann nichts anderes gelten, da der Übergeber aus ihm auf Abschluß des dinglichen Vertrages in Anspruch genommen werden kann.

Diese Rechtsfolge kann nur dadurch vermieden werden, daß im Übergabevertrag eine ausdrückliche Regelung für den Fall getroffen wird, daß der Hofübernehmer vor dem Übergeber verstirbt. Fehlt eine derartige Vertragsklausel, so ist sowohl der schuldrechtliche als auch der dingliche Übergabeanspruch vererblich. Offensichtliche Unbilligkeiten für den Übergeber können durch Nichterteilung der Genehmigung ausgeglichen werden, sofern das Genehmigungsverfahren beim Tode des Übernehmers noch nicht abgeschlossen war.

Bejaht man aber die Vererblichkeit, so erhebt sich die Frage, ob der Anspruch aus einem Übergabevertrag sich nach allgemeinem Recht oder nach

1) Im Ergebnis wohl ebenso OLG Karlsruhe RdL 1953, 53.

Höferecht vererbt. Diese Frage kann nur dahingehend beantwortet werden, daß der Hof ungeteilt erhalten bleiben muß. Würde der Hofüberweisungsanspruch nach allgemeinem Recht vererbt, so würde er bei Vorhandensein von mehreren Erben allen gemeinschaftlich zur gesamten Hand zufallen. Bei Erfüllung des Überweisungsanspruchs würden daher alle Miterben Gesamthandseigentümer des Hofes. Der Gedanke des Hoferbenrechts wäre in diesem Fall mißachtet. Der Übergabevertrag stellt eine vorweggenommene Erbfolge dar. Die Erbfolge richtet sich nach § 4 HöfeO. Diese Erbfolge darf durch den Übergabevertrag nicht umgangen werden (§§ 16, 17 HöfeO). Das muß auch für den Überweisungsanspruch gelten. Dieser muß im Erbgang dasselbe rechtliche Schicksal erfahren wie der Hof selbst. Die Vererbung des Überweisungsanspruchs richtet sich daher nach Höferecht.¹⁾

Der OGH hat sich bei der Frage nach der Vererbung des Überweisungsanspruchs in seinem Beschluß vom 19. 5. 1949²⁾ indessen für eine andere Konstruktion entschieden. Nach seiner Ansicht vererbt sich der Überweisungsanspruch nach allgemeinem Recht. Er geht also, wenn mehrere Erben vorhanden sind, kraft Universalsukzession auf alle Miterben über. Die Auflassung soll aber wegen der Hofeigenschaft nur von einem der Miterben verlangt werden können. Dieser Miterbe, der durch die Hoffolgeordnung bestimmt werde, soll trotz der Vorschrift des § 2039 BGB berechtigt sein, die Auflassung unmittelbar an sich zu fordern. Diese Auffassung ist unhaltbar. Sie verquickt das allgemeine Erbrecht mit dem Sondererbrecht und setzt sich damit in einen unlösbaren Widerspruch. Wenn der Überweisungsanspruch für alle Miterben vererblich ist, dann treten auch alle in die Rechtsstellung des Erblassers ein. Es geht nicht an, ihnen zwar den Überweisungsanspruch zuzusprechen, den Eigentumserwerb auf Grund dieses Anspruchs aber zu verwehren. Eine derartige Lösung findet im Gesetz keine Stütze. Der OGH dürfte diesen Weg gewählt haben, um die Rechte der übrigen Miterben nicht zu schmälern. Diese Folge wird aber auch bei einer Vererbung des Überweisungsanspruchs nach Höferecht nicht hervorgerufen. Derjenige Erbe, der den Anspruch allein erwirbt, tritt in die gesamte Rechts- und Pflichtenlage des Erblassers ein. Er muß daher nicht nur die sich aus dem Übergabevertrag ergebenden Leistungen erbringen, sondern ist darüber hinaus gehalten, die weichen Erben gemäß den Bestimmungen der HöfeO abzufinden, wobei allerdings die von ihm auf Grund des Übergabevertrages aufzubringenden Leistungen von dem Einheitswert des Hofes abzuziehen sind. Falls in dem Übergabevertrag ausnahmsweise Bestimmungen über Altenteilsrechte und Abfindungen fehlen, dann treffen den Erben des Hofübernehmers die gesetzlichen Abfindungs- und Versorgungspflichten, die der Hofübernehmer zu tragen gehabt hätte. Da es sich insoweit um Nachlaßverbindlichkeiten handelt, vermindert sich auch um sie der Umfang des Nachlasses.

1) A. A. Beismann S. 46.

2) OGHZ 2, 175 = RdL 1949, 107.

K) Die Vererbung eines Anspruchs aus einem formlos bindenden Hofübergabevertrag oder einem formungültigen Erbvertrag

Der Erblasser kann nach § 7 Abs. 1 HöfeO sowohl durch Übergabevertrag als auch durch Erbvertrag den Hoferben bestimmen. Beide Rechtsgeschäfte sind formbedürftig. Ein Übergabevertrag ist nur rechtswirksam, wenn er gerichtlich oder notariell beurkundet ist (§ 313 BGB). Dasselbe gilt für einen Übergabevertrag. Einen Erbvertrag können die Vertragspartner wirksam nur bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einem Richter oder Notar schließen (§ 2276 Abs. 1 BGB). Sind diese Formen nicht gewahrt, so sind die Verträge gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. Von dieser gesetzlichen Rechtsfolge hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes jedoch bei einem formlosen Übergabe-(vor-)vertrag und bei einem formungültigen Erbvertrag Ausnahmen zugelassen.¹⁾ Der BGH nimmt trotz der Formnichtigkeit eine bindende Vereinbarung über die Hofnachfolge an, wenn der Hofeigentümer durch Art, Umfang und Dauer der Beschäftigung eines Abkömmlings auf dem Hofe zu erkennen gegeben hatte, daß dieser den Hof erhalten soll, und wenn sich der Abkömmling darauf eingestellt hat.²⁾ Ob ein derartiger Sachverhalt gegeben ist, ist durch eine umfassende Klärung aller Umstände zu ermitteln. Dabei sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine Bindung des Hofeigentümers ist nur zu bejahen, wenn durch eine andere Entscheidung das Rechtsempfinden vor allem in bäuerlichen Kreisen erheblich verletzt sein würde. Diese Rechtsprechung hat teils Zustimmung erfahren,³⁾ teils heftigen Widerspruch ausgelöst.⁴⁾

Gegen diese Rechtsprechung erheben sich deswegen Bedenken, weil damit die Formstrenge für letztwillige Verfügungen aufgehoben und vor allem die Grundsätze von Treu und Glauben, deren Anwendbarkeit darauf beschränkt ist, im Rahmen von schuldrechtlichen und schuldrechtsähnlichen Verhältnissen Unbilligkeiten auszugleichen, in unzulässiger Weise in den Bereich des Sachenrechts bei der Frage nach der Zuordnung einer Sache übertragen werden.⁵⁾ § 242 BGB gilt nur für Leistungsverhältnisse, nicht für Zuordnungsfragen.⁶⁾

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, sich mit der Ansicht des BGH im einzelnen auseinanderzusetzen. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist vielmehr die Frage, ob sich die Rechtsstellung des formlos bestimmten Hoferben vererben kann, wobei von der Zulässigkeit einer solchen Hoferbenbestimmung auszugehen ist.

1) BGHZ 12, 286 = NJW 1954, 1241 = RdL 1954, 153 = DNotZ 1954, 307; BGH NJW 1955, 1065 = RdL 1955, 109 = DNotZ 1956, 134; BGHZ 23, 249 = NJW 1957, 787; zuletzt BGH RdL 1959, 127 und RdL 1959, 179.

2) Dieser Gedanke war bereits im § 17 Abs. 3 HöfeO Rheinland-Pfalz Gesetz geworden. Diese Bestimmung lautet:

„Hat der Erblasser durch Art und Umfang der Beschäftigung eines Kindes auf dem Hof erkennen lassen, daß dieses Kind den Hof übernehmen soll, so geht es allen anderen Kindern vor. Hat der Erblasser mehrere Kinder in gleichem Umfang auf dem Hof beschäftigt, ohne erkennen zu lassen, welches dieser Kinder den Hof übernehmen soll, so gehen diese Kinder allen übrigen Kindern vor; unter ihnen gilt das Ältestenrecht...“.

3) Vgl. OLG Celle DNotZ 1956, 429; DNotZ 1958, 160; OLG Hamm RdL 1957, 75; Lange-Wulff § 7 Bem. 94 e, § 17 Bem. 227; Reinicke MDR 1954, 641, NJW 1955, 1065; Schulte RdL 1956, 177, NJW 1958, 361, 820; Tasche JhJb 90, 101, Herminghausen DNotZ 1958, 115; Rätelmann 1954, 1644; Gerckens FamRZ 1955, 163.

4) Vgl. OLG Oldenburg NdsRpfl. 1957, 245; Wieacker FamRZ 1957, 287, DNotZ 1956, 115; Röhrer DNotZ 1957, 283; Pikalo RdL 1954, 193; Humbert NJW 1956, 1857; Gernhuber S. 151; Esser JZ 1957, 555; Fink S. 25, 33, 56.

5) Westermann S. 11, vgl. auch Esser S. 102 und Larenz S. 89. A. A. Soergel-Siebert § 242 RN. 39.

6) Mühl NJW 1956, 1657.

Mit dieser Frage hatten sich bereits zwei Oberlandesgerichte zu befassen. Sowohl das OLG Hamm¹⁾ als auch das OLG Schleswig²⁾ haben im Ergebnis die Vererblichkeit dieser Rechtsposition verneint. Das OLG Hamm hat zur Begründung seiner Entscheidung angeführt, die durch das formlose Verhalten entstandene Bindung eines Hofeigentümers an eine Hoferbenbestimmung könne nach der Rechtsprechung des BGH entfallen, wenn besondere Umstände die Wahl eines anderen rechtfertigen. Ein derartiger Rechtfertigungsgrund sei aber der Tod des Übernehmers; denn bei einem Übergabevertrag, insbesondere bei einem schlüssig abgeschlossenen, komme es maßgeblich auf die Person des Übernehmers und auf dessen persönliche Rechtsbeziehungen zum Hofeigentümer an.

Das OLG Schleswig führt aus, ein formunwirksamer Erbvertrag sei durch den vorzeitigen Tod des eingesetzten Hoferben gegenstandslos geworden, sofern nicht die Vermutung des § 2069 BGB eingreife. Ein Auflassungsanspruch aus einem formlosen Übergabevertrage vererbe sich in der Regel nicht. Denn die Bindung des Erblassers bestehe nach der Rechtsprechung des BGH dann nicht mehr, wenn der Hofeigentümer für seine Sinnesänderung wichtige Gründe habe. In diesem Falle stehe die Wahl eines anderen Hoferben nicht im Widerspruch mit Treu und Glauben. Das sei aber regelmäßig anzunehmen, wenn durch den Tod des Übernehmers der Verlauf der Dinge (allmähliches Hineinwachsen des erwachsenen und nach seinen Leistungen bekannten Sohnes in die Betriebsleitung) unterbrochen werde. Diese neue Situation erfordere von dem Hofeigentümer neue Dispositionen, die die Wahl eines anderen rechtfertigen könnten. Zwar seien auch dabei Verstöße gegen Treu und Glauben denkbar, für den entscheidenden Fall sei ein solcher Verstoß jedoch zu verneinen.

Beiden Entscheidungen kann nur im Ergebnis gefolgt werden. Liegt ein formungültiger Erbvertrag vor, der nach Treu und Glauben für verbindlich gehalten wird, so kann sich keine andere Rechtslage ergeben, als wenn der Erbvertrag formgerecht abgeschlossen worden wäre. Es fragt sich daher, ob die Rechtsstellung des Erbvertragsserben vererblich ist. § 2069 BGB kann unmittelbar nicht angewandt werden; denn er bezieht sich nur auf testamentarische Erbeinsetzung. Aber auch eine analoge Anwendung scheidet aus. Der erste Entwurf zum BGB sah im § 1954 ausdrücklich vor, daß die Vertragserbenstellung unvererblich ist. Diese Bestimmung ist nur deswegen nicht in das BGB aufgenommen worden, weil die Verfasser des BGB der Ansicht waren, daß sich die Unvererblichkeit bereits aus § 1923 Abs. 1 BGB ergäbe.³⁾ Unter diesen Umständen kann die Vererblichkeit der Rechtsposition des Erbvertragsserben nur angenommen werden, wenn dies eindeutig aus dem im Erbvertrag niedergelegten Willen des Vertragserblassers hervorgeht.⁴⁾ Der Erbvertrag, der den Hoferben bestimmt, wird aber in der Regel insoweit keinen Aufschluß geben. Man wird daher regelmäßig davon auszugehen haben, daß die Bindung des Vertragserblassers entfallen soll, falls der Vertragserbe vorverstirbt. Was für einen wirksamen Erbvertrag gilt, muß erst recht für die Bindung auf Grund eines formungültigen Erbvertrages Geltung haben. Die Unvererblichkeit des Übereignungsanspruchs aus einem formlosen Übergabevertrag ergibt sich aus anderen Gesichtspunkten. Es ist bereits an anderer Stelle⁵⁾ dargetan, daß der wirksam entstandene Übereignungsan-

1) RdL 1957, 75.

2) RdL 1959, 72.

3) Protokolle V S. 398; Motive V S. 322.

4) So mit Recht Staudinger-Dittmann Vorbem. 12 vor § 2274. A. A. Erman-Hense Vorbem. I vor § 2274, die grundsätzlich Vererblichkeit annehmen.

5) Vgl. Abschnitt J).

spruch aus einem Übergabevertrag im allgemeinen vererblich ist. Aus dem Inhalt und Wesen des Übereignungsanspruch, dem ein formloser Übergabevertrag zugrunde liegt, muß jedoch das Gegenteil gefolgert werden. Der Schwerpunkt dieses Anspruchs liegt eindeutig und ausschließlich in der Person des Übernehmers. Er entsteht nur, wenn der Übergeber durch Art und Umfang der Beschäftigung des Übernehmers auf dem Hof zu verstehen gegeben hat, daß der Übernehmer zum Hoferben bestimmt werde, und wenn feststeht, daß der Übernehmer darauf vertraut hat. Der allein ausschlaggebende Grund für die Zubilligung dieses Anspruchs bilden somit die persönlichen Verhältnisse des Übernehmers. Stirbt dieser aber vor dem Übergeber, dann besteht kein Anlaß mehr, diesen Anspruch fortbestehen und auf einen Dritten übergehen zu lassen. Grundlage dieses Anspruchs ist letztlich § 242 BGB. Auch wenn man diese Vorschrift bei dinglichen Zuordnungsfragen für anwendbar hält, so bedeutet dies keinesfalls, daß das durch den Grundsatz von Treu und Glauben beherrschte Rechtsverhältnis zweier Personen auch Rechte Dritter erzeugen kann. Die Wirkungen von Treu und Glauben sind vielmehr auf das Verhältnis der Vertragsparteien beschränkt. Dritte, die zu den Parteien in keinen schuldrechtlichen Beziehungen stehen, können aus diesem Rechtsverhältnis keine Rechte herleiten.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß nicht nur für den Übernehmer, sondern auch für seine Familie, insbesondere für den nach der Höfeordnung oder nach einer letztwilligen Anordnung des Übernehmers berufenen Hoferben, ein Vertrauenstatbestand geschaffen sein kann und ferner, daß sich der Hof auf den Hoferben des Übernehmers vererben würde, falls der formlos bestimmte Übernehmer noch zu seinen Lebzeiten den ihm zustehenden Hofübereignungsanspruch geltend gemacht hätte.

Die Anwendbarkeit des § 242 BGB setzt voraus, daß zwischen den Parteien schuldrechtliche oder schuldrechtsähnliche Beziehungen bestehen. Daran fehlt es aber bei dem Verhältnis zwischen Hofübergeber und dem Hoferben oder der Familie des Hofübernehmers. Unmittelbar eigene Ansprüche können ihnen daher nicht erwachsen, selbst wenn sie darauf vertraut haben sollten, daß der Übernehmer eines Tages Hofeigentümer werden würde. Die Tatsache, daß der Übernehmer Eigentümer des Hofes geworden wäre, wenn er seinen Anspruch noch zu seinen Lebzeiten durchgesetzt hätte, rechtfertigt ebenfalls keine andere Entscheidung. Der durch eine letztwillige Verfügung oder kraft Gesetzes berufene Erbe besitzt kein Anwartschaftsrecht auf Erwerb der Erbschaft.¹⁾ Selbst wenn zwischen dem Übernehmer und seinen Erben ein Erbvertrag abgeschlossen worden ist, ist der Übernehmer hinsichtlich des Hofes, der nicht in seinem Eigentum steht, in keiner Weise gebunden. Die Nichtgeltendmachung des Hofübergabeanspruches ist im übrigen auch keine böbliche Schenkung im Sinne des § 2287 BGB. Daher sind weder der Anspruch aus einem formlosen Übergabevertrag noch der aus einem formungültigen Erbvertrag vererblich.

1) OLG Hamm RdL 1955, 206; im übrigen statt aller Bartholomeyczik S. 6. A. A. aber Wähmann § 7 Anm. III 3, Lange-Wulff § 5 Bem. 59 wegen der Genehmigungspflicht des § 7 Abs. 2 HöfeO.

L) Die Vererbung des Nacherbenrechts

Im Gegensatz zu dem REG kennt die HöfeO die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft. Unter Geltung des REG war nach allgemeiner Ansicht ¹⁾ eine letztwillige Verfügung, die eine Vor- und Nacherbschaft bestimmte, unwirksam, weil sie einen Verstoß gegen § 24 REG enthielt, in dem die Beschränkung der Erbfolge kraft Anerbenrechts für unzulässig erklärt war. ²⁾ In der HöfeO fehlt eine dem § 24 REG entsprechende Bestimmung. Der Erblasser kann vielmehr gemäß § 7 Abs. 1 HöfeO den Hoferben frei auswählen. Er darf aber nach § 16 Abs. 1 Satz 1 HöfeO die Erbfolge kraft Höferechts durch Verfügung von Todes wegen nicht ausschließen, er kann sie jedoch gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 HöfeO beschränken. Aus dieser Vorschrift wird mit Recht der Schluß gezogen, daß die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft zulässig ist. ³⁾

Nach § 2108 Abs. 2 BGB geht das Recht des eingesetzten Nacherben auf seine Erben über, wenn er vor dem Eintritt des Nacherbfalls, aber nach dem Erbfall verstirbt, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Es ist zu prüfen, ob diese Bestimmung auch im Bereich des Hoferbenrechts angewendet werden kann.

Außer der letztwilligen Anordnung der Vor- und Nacherbschaft sind der HöfeO zwei gesetzliche Fälle der Vorerbschaft bekannt. Nach § 6 Abs. 3 HöfeO erhält der überlebende Ehegatte des Erblassers, solange Verwandte der dritten bis fünften Ordnung vorhanden sind, den Hof nur vorläufig als Hoferbe (Hofvorerbe). ⁴⁾ Die Vorschriften der §§ 2100–2146 BGB sind für entsprechend anwendbar erklärt mit der Ausnahme, daß eine Befreiung von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB nicht zulässig ist. ⁵⁾ Hinsichtlich der Nacherbschaft ist jedoch eine Sonderregelung getroffen. Nach dem Tode des Ehegatten wird derjenige „weiterer Hoferbe“, der als Hoferbe des Erblassers berufen wäre, wenn dieser erst in diesem Zeitpunkt gestorben wäre (§ 6 Abs. 3 Satz 3 HöfeO). Wer Nacherbe oder, wie die HöfeO sagt, weiterer Hoferbe wird, kann somit erst im Zeitpunkt des Nacherbfalls bestimmt werden. Die Rechtsstellung dessen, der nach dem Erbfall als Nacherbe in Frage kommt, kann sich nicht vererben; denn dieser hat kein Recht, sondern nur eine Aussicht, (Nach-)Erbe zu werden. ⁶⁾ § 2108 Abs. 2 BGB ist daher nicht anzuwenden.

Der andere gesetzliche Fall der Vorerbschaft findet sich beim Ehegattenhof. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 HöfeO fällt der Ehegattenhof dem Ehegatten, von dem der Hof nicht stammt ⁷⁾, als Hoferben zu. Nach ihm geht der Hof aber

1) Vgl. statt aller OGH JR 1950, 536; REGH HHR 1938 Nr. 16.

2) Soweit Vor- und Nacherbschaft bereits nach früherem Recht angeordnet waren, griff § 51 EHRV ein und regelte die Nacherbfolge.

3) Lange-Wulff § 16 Bem. 213; Wöhrmann § 16 Anm. IV 12.

4) Entsprechend § 16 des Entwurfs der Bundesregierung.

5) Der überlebende Ehegatte hat daher als gesetzlicher Hoferbe nicht die Stellung eines befreiten Vorerben. Jedoch ist der Hofeigentümer berechtigt, in einer Verfügung von Todes wegen seinen Ehegatten als befreiten Hofvorerben einzusetzen, BGH NJW 1961, 1674.

6) Vgl. Wöhrmann RdL 1960, 227.

7) Der Hof stammt von demjenigen Ehegatten, in dessen Eigentum der wirtschaftlich größte Teil der Grundstücke steht oder der am meisten zum Erwerb und zur Erhaltung des Hofes beigetragen hat. Sind beide Ehegatten insoweit gleich beteiligt, dann kann nicht etwa gesagt werden, der Hof müsse unter Berücksichtigung des Vorranges des männlichen Geschlechts als vom Manne stammend angesehen werden. Vielmehr stammt in diesem Fall der Hof von beiden Ehegatten. Der überlebende Ehegatte wird daher Hofvorerbe: BGHZ 22, 317 = NJW 1957, 259 = RdL 1957, 72 = JZ 1957, 345 = MDR 1958, 74. A. A. OLG Düsseldorf JZ 1951, 19. Scheffler JZ 1951, 20 nimmt Vollerbschaft an. Vgl. auch OLG Schleswig RdL 1961, 155.

nicht auf seine Erben über, sondern weiterer Hoferbe wird derjenige, der als Hoferbe des Ehegatten, von dem der Hof stammt, berufen wäre, wenn dieser Ehegatte erst in diesem Zeitpunkt gestorben wäre (§ 8 Abs. 1 Satz 2 HöfeO).¹⁾ 2) Sind solche Personen beim Tode des Erstverstorbenen nicht vorhanden oder fallen sie später weg, so erhält der überlebende Ehegatte die Stellung als endgültiger Hoferbe (§ 8 Abs. 1 Satz 3 HöfeO). Auch in diesem Fall erhält der beim Erbfall vorhandene, mutmaßliche Hofnacherbe keine Erbanwartschaft, sondern nur eine Erbaussicht, die, da sie rechtlich irrelevant ist, unvererblich ist. § 2108 BGB ist demnach auch insoweit nicht anwendbar.

In den Fällen, in denen der Nacherbe erst im Zeitpunkt des Nacherbfalles ermittelt werden kann³⁾, ist für die Vererbung des Nacherbenrechts kein Raum.⁴⁾ Eine vererbliche Anwartschaft ist nur bei einem letztwillig bestimmten Erben gegeben. Auf die Erbrechte eines in einer Verfügung von Todes wegen eingesetzten Hofnacherben ist danach § 2108 Abs. 2 BGB grundsätzlich anzuwenden, es sei denn, daß sich aus dem Anerbenrecht etwas anderes ergibt. Lange-Wulff⁵⁾ wollen § 2108 Abs. 2 BGB in dem Sinne anwenden, daß das Nacherbenrecht nicht auf alle Erben, sondern lediglich auf den Hoferben des Nacherben übergeht. Wöhrmann⁶⁾ lehnt dagegen auch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift ab. Er meint, die HöfeO sei für die Erbfolge in ein bloßes Anwartschaftsrecht nicht geschaffen. Sie gelte nur für die Erbfolge in das Eigentum. Zwar vererbe sich nach der Rechtsprechung der schuldrechtliche und sachenrechtliche Übereignungsanspruch ebenfalls nach Höferecht. Jedoch habe in diesen Fällen der Erblasser einen klagbaren Anspruch auf Übereignung des Hofes gehabt. Davon könne jedoch bei der Erbanwartschaft des § 2108 Abs. 2 BGB nicht die Rede sein. Darüber hinaus erhalte § 2108 Abs. 2 BGB durch die einschränkende Auslegung, wie sie Lange-Wulff für richtig hielten, einen ganz anderen Sinn und Inhalt, zumal der Erwerber des Nacherbenrechts auch wirtschaftsfähig sein müsse.

§ 2108 Abs. 2 BGB kann sich, wie bereits betont, nur auf den letztwillig eingesetzten Nacherben beziehen. Die Vererblichkeit des Nacherbenrechts folgt demnach dem Recht der gewillkürten Erbfolge. Die Vorschriften über die gewillkürte Erbfolge sind aber auch im Höferecht anzuwenden, sofern sie nicht im Widerspruch mit § 16 Abs. 1 HöfeO stehen. Diese Bestimmung verbietet, die Erbfolge kraft Höferechts auszuschließen. Deshalb kann § 2108 Abs. 2 BGB dann nicht unmittelbar angewendet werden, wenn der Nacherbe mehrere Erben hinterläßt. Jedoch bestehen keine Bedenken, § 2108 BGB mit Lange-Wulff dahin einzuschränken, daß Erwerber des Nacherbenrechts nur einer wird, nämlich der nach der HöfeO zum Hoferben berufene Erbe des Nacherben. § 2108 Abs. 2 BGB stellt keinen ergänzenden Rechtssatz dar, sondern ist nur eine Auslegungsvorschrift.⁷⁾ Der Erblasser kann die Vererblichkeit des Nacherbenrechts ausdrücklich oder stillschweigend ausschließen. Er hat aber auch die Möglichkeit, sie auf bestimmte Personen zu beschränken.⁸⁾ Dadurch, daß der Erblasser jeweils nur eine Person zum Vorerben und

1) Nach § 8 Abs. 2, 3 HöfeO ist dem überlebenden Ehegatten ein eigenartiges Verfügungsrecht über den Nachlaß des anderen Ehegatten eingeräumt.

2) Ähnlich §§ 17 Abs. 3, 19 Abs. 1 des Entwurfs der Bundesregierung.

3) Vgl. auch § 2104 BGB.

4) OLG Schleswig RdL 1953, 51.

5) § 16 Bem. 213 a.

6) RdL 1960, 227.

7) RGZ 106, 355 (357); 142, 171 (173); Staudinger-Seybold § 2108 RN. 7. A. A. offenbar Bartholomeyczik S. 233.

8) KG OLG 26, 310 (311); Staudinger-Seybold § 2108 RN. 7; Ehard-Eder in Soergel-Siebert § 2108 Anm. 2.

Nacherben berufen hat — andernfalls wäre seine letztwillige Verfügung unwirksam —, hat er zu erkennen gegeben, daß sich der Hof nach seinem Willen ungeteilt vererben würde. Daher wird er regelmäßig damit einverstanden sein, daß der Hof dem Hoferben des Nacherben zufällt. Es ist aber nicht einzusehen, daß § 2108 Abs. 2 BGB mit dieser Einschränkung, die dem Willen des Erblassers entnommen werden kann, nicht gelten soll.¹⁾

Gegen die Vererbung des Nacherbenrechts können die von Wöhrmann vorgebrachten Bedenken nicht erhoben werden. Die Erbanwartschaft ist durchaus mit dem Auflassungsanspruch, der nicht einmal mit einer Anwartschaft auf den Hof gekoppelt zu sein braucht, zu vergleichen; denn sie ist unentziehbar, abtretbar, pfändbar und verpfändbar.²⁾ Daß sie dem Nacherben keinen klagbaren Anspruch (worauf eigentlich?) verleiht, liegt in der Natur des Erbanwartschaftsrechts.³⁾

§ 2108 Abs. 2 BGB ist daher auch im Hoferbenrecht anwendbar, jedoch mit der Maßgabe, daß das Nacherbenrecht nur derjenige Erbe des Nacherben erwirbt, der nach der HöfeO zum Hoferben berufen sein würde, falls der Nacherbe bereits Eigentümer des Hofes gewesen wäre. Diese Auslegungsumutung gilt nicht, wenn ein anderer Wille des Erblassers erkennbar geworden ist.

1) Wöhrmann RdL 1960, 228 will umgekehrt die Erben (gemeint ist wohl nur ein Erbe, denn auch er betont die höferechtlichen Gesichtspunkte) des Nacherben nur dann als eingesetzt betrachten, wenn positiv festgestellt werden kann, daß der Wille des Erblassers auf ihren Eintritt gerichtet war.

2) Palandt-Keidel § 2108 Anm. 5.

3) Auf der anderen Seite ergibt sich aus dem Wesen der Anwartschaft, daß ihre Erstarkung zum Vollrecht von dem Leistungsverhalten des Belasteten unabhängig ist.

M) Das Ausschlagungsrecht und seine Vererbung

Der Hoferbe hat nach § 11 HöfeO¹⁾ das Recht, den Anfall des Hofes durch Erklärung gegenüber dem Landwirtschaftsgericht auszuschlagen, ohne gleichzeitig die Erbschaft in das übrige Vermögen ausschlagen zu müssen. Auf dieses Ausschlagungsrecht sind die Vorschriften des BGB über die Ausschlagung einer Erbschaft entsprechend anzuwenden. Dem Hoferben ist nicht die Möglichkeit genommen, die gesamte Erbschaft auszuschlagen, wenn er auch nach allgemeinem Recht zum Erben berufen ist.²⁾ Diese Ausschlagungserklärung ist jedoch dem Nachlaßgericht gegenüber abzugeben.³⁾ Indessen ist es unzulässig, die Erbschaft in den Hof anzunehmen, die in das hoffreie Vermögen dagegen auszuschlagen.⁴⁾

Nach § 1950 BGB können Annahme und Ausschlagung nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden. Die Annahme und Ausschlagung eines Teils der Erbschaft ist unwirksam. Davon läßt § 1951 Abs. 1 BGB eine Ausnahme zu. Wer zu mehreren Erbteilen berufen ist, kann, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, den einen Erbteil annehmen, den anderen aber ausschlagen. Diese Bestimmung gestattet die Ausschlagung des hof-freien Vermögens jedoch nicht. Die Erbschaft in diesen Teil des Nachlasses stellt ebenso wenig einen Erbteil dar wie der Anfall des Hofes. Unter Erbteil versteht man die quotenmäßige Beteiligung eines Erben an der gesamten Erbschaft.¹⁾ Die Beteiligung des Hoferben an dem übrigen Nachlaß läßt sich bruchteilsmäßig jedoch nicht bestimmen. Sein Erbteil ergibt sich vielmehr aus den §§ 1924 ff. BGB. Zu einer analogen Anwendung des § 1951 BGB besteht kein Bedürfnis; denn der Erbe haftet in seiner Eigenschaft als Hoferbe ohnehin für die Nachlaßverbindlichkeiten.⁵⁾ Dieses Ausschlagungsrecht kann dem Hoferben auch nicht mit der Begründung zugesprochen werden, er scheue möglicherweise die Erbauseinandersetzung mit den übrigen Erben oder könne sonstwie an diesem Teil des Nachlasses kein Interesse haben. Zwischen dem Hoferben und den weichenden Erben findet wegen der Errechnung der Abfindungsansprüche des § 12 HöfeO sowieso eine Art Auseinandersetzung statt. Im übrigen wird er sich, falls er auf den hoffreien Nachlaß keinen Wert legt, mit den anderen Erben insoweit verständigen können.

Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist vererblich (§ 1952 Abs. 1 BGB). Von mehreren Erben kann jeder den seinem Anteil entsprechenden Teil seine Erbschaft ausschlagen (§ 1952 Abs. 3 BGB). Das Ausschlagungsrecht des Hoferben geht jedoch nicht auf mehrere über, selbst wenn er von mehreren Erben beerbt wird. Das Ausschlagungsrecht ist nur vererblich, wenn auch die Erbschaft, auf die sich das Ausschlagungsrecht bezieht, auf den Erben übergeht.⁶⁾ Das Ausschlagungsrecht des Hoferben erstreckt sich nur

1) Ähnliche Vorschriften bestehen heute in Rheinland-Pfalz § 19, Württemberg Art. 9 Abs. 3, Bremen § 9 Abs. 3. Früher schon in Hannover § 11 Abs. 2, Westfalen § 18, Lippe §§ 11, 12, Schaumburg-Lippe § 27, Rentengüter § 14, § 29 REG. Hier war vielfach von dem „Verzicht“ auf den Hof die Rede. Damit war aber kein Erbverzicht i. S. der §§ 2346 ff. BGB gemeint, denn dieser Verzicht kann erst nach dem Anfall der Erbschaft erklärt werden. Es handelte sich also auch damals schon um eine echte Ausschlagung, Linckelmann § 11, Anm. 3. Vgl. auch § 21 des Entwurfs der Bundesregierung.

2) Bartholomeyczik S. 155; Lange-Wulff § 11 Bem. 135, 136; Wöhrmann § 11 Anm. II 1.

3) So mit Recht Bartholomeyczik S. 158; Erman-Bartholomeyczik § 1951 Anm. 6; Haegele S. 120; Hartmann § 19 Anm. 1; Lange-Wulff § 11 Bem. 135; Müller-Wilm S. 54; Pikalo RdL 1959, 3; Vogels § 29 RN. 3; offenlassend Johannsen im RGRK § 1950 Anm. 3. A. A. Beismann S. 46; Blomeyer S. 130; Dölle, Bürgerliches Recht, S. 18; Knubel S. 56; Schultz S. 143 f.; Wöhrmann § 11 Anm. II 2; derselbe § 29 REG RN. 9.

4) Vgl. Abschnitt A) III 2 und C).

5) So mit Recht Erman-Bartholomeyczik § 1951 Anm. 6. Das verkennt im übrigen auch Wöhrmann § 11 Anm. II 2 nicht.

6) RG JW 1931, 1354.

auf einen Teil der Erbschaft, nämlich den Hof. Dieser fällt aber nur einem Erben dem Hoferben, an. Zwar sind auch die weichenden Erben wertmäßig am Hofvermögen beteiligt. Diese Beteiligung ist jedoch keine echte Erb-berechtigung.¹⁾ Das Ausschlagungsrecht des Hoferben vererbt sich daher nur auf denjenigen seiner Erben, der ihn als Hoferben beerbt.²⁾

N) Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf die Vorschriften der HöfeO

Das am 1. 7. 1958 in Kraft getretene Gleichberechtigungsgesetz hat das eheliche Güterrecht dahin abgeändert, daß nunmehr die Zugewinnngemeinschaft als der gesetzliche Güterstand gilt. Wenn die Ehegatten nicht Gütertrennung vereinbart haben oder — was in bäuerlichen Kreisen in der Regel geschehen ist — wenn keiner der Ehepartner von seinem Recht Gebrauch gemacht hat, durch einseitige, gerichtliche oder notariell beurkundete Erklärung dem Amtsgericht gegenüber anzuzeigen, daß für die Ehe Gütertrennung gelten soll, dann bringt der neue eheliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft Veränderungen für die Rechtsverhältnisse der Beteiligten auch im Höferecht mit sich. An der Hoferbfolge selbst hat sich jedoch nichts geändert. Betroffen ist in erster Linie der Abfindungsanspruch der weichenden Erben.

I. Der Abfindungsanspruch und der Ausgleichsanspruch des überlebenden Ehegatten

Nach § 1371 Abs. 1 BGB wird der Ausgleich des Zugewinns, wenn der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, dadurch „verwirklicht“, daß sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um $\frac{1}{4}$ erhöht, unabhängig davon, ob die Ehegatten tatsächlich einen Zugewinn erzielt haben.

Ist der überlebende Ehegatte Hoferbe, dann wirkt sich der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nur insofern aus, als die Abfindungsansprüche der weichenden Erben geschmälert werden und der Anteil des Hoferben-Ehegatten am hoffreien Vermögen sich um $\frac{1}{4}$ erhöht, wenn er auch nach allgemeinem Recht zum Erben berufen ist. Der Abfindungsanspruch des weichenden Erben richtet sich gemäß § 12 Abs. 3 HöfeO unter Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten und unter Berücksichtigung des Voraus des Hoferben nach dem Einheitswert des Hofes und dem Erbteil des BGB. Der Erbteil des weichenden Erben verringert sich aber um $\frac{1}{4}$, da sich insoweit der Erbteil des Ehegatten erhöht.³⁾ 4)

Ist der Ehegatte nur Hoferbe und nicht Erbe nach allgemeinem Recht, dann hat er neben dem Pflichtteilsanspruch nach dem bisherigen Recht⁵⁾ gemäß § 1371 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373—1383 BGB. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß der

1) Vgl. Abschnitt D).

2) Ebenso Lange-Wulff § 11 Bem. 139; Schultz S. 147.

3) Lange NJW 1957, 1504; Pikalo RdL 1959, 4, der aber bei testamentarischer Hoferbeneinsetzung es als Auslegungsfrage ansieht, ob der Ehegatte mit einem um $\frac{1}{4}$ erhöhten Erbteil am hoffreien Vermögen zu beteiligen ist. Pikalo ist zuzugegeben, daß der Erblasser den überlebenden Ehegatten von der Erbfolge in das hoffreie Vermögen oder die Folge aus § 1371 Abs. 1 BGB ausschließen kann. Dann stehen dem überlebenden Ehegatten aber hinsichtlich des hoffreien Vermögens die Ausgleichsansprüche des § 1371 Abs. 2 BGB zu. Hoferben entfallen.

4) Nach § 24 Abs. 1 des Entwurfs der Bundesregierung soll in diesem Fall der Voraus des

5) Vgl. dazu den Abschnitt F).

Hoferbe echter Erbe ist und daß das Hofvermögen und das freie Vermögen einen einheitlichen Nachlaß bilden. Deshalb scheint es so, als würde dem Ehegatten in diesem Fall der Ausgleichsanspruch nicht zustehen. Das kann jedoch nicht rechtens sein. Diese Entscheidung würde dem Sinn und Zweck des § 1371 Abs. 2 BGB zuwiderlaufen. Die Sondererbfolge des Höferchts regelt die dingliche Zuordnung des Hofes. Die wertmäßige Zuordnung richtet sich nach anderen Bestimmungen und stimmt mit der dinglichen nicht überein. Das Gleichberechtigungsgesetz will aber gerade eine höhere wertmäßige Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlaß des Erblassers erreichen. Daher muß dem Ehegatten ein Ausgleichsanspruch zugebilligt werden, wenn er am hoffreien Vermögen nicht erbberechtigt ist. Dies ist auch dogmatisch zu rechtfertigen; denn die Frage, wer am Hofvermögen und hoffreien Vermögen erbberechtigt ist, ist für beide Nachlaßteile selbständig zu beantworten. Daher können auch die Rechtsfolgen, sofern sie von dem Erbrecht an dem einen oder anderen Vermögensteil abhängig sind, unterschiedlich sein.

Ist der überlebende Ehegatte nicht Hoferbe, wohl aber nach allgemeinem Recht zum Erben berufen, so hat dies einmal zur Folge, daß sich sein Anteil am hoffreien Vermögen gemäß § 1371 Abs. 1 BGB um $\frac{1}{4}$ erhöht. Die Zugewinnsgemeinschaft wirkt sich ferner insoweit aus, als sich auch der Abfindungsanspruch um $\frac{1}{4}$ vergrößert. Dies geschieht zum Nachteil der übrigen weichenden Erben, aber auch zum Schaden des Hoferben, wenn dieser am hoffreien Vermögen mitbeteiligt ist. Diese Auffassung setzt sich nicht in Widerspruch zu der soeben entwickelten Ansicht, nach der der vom hoffreien Vermögen ausgeschlossene Ehepartner einen Ausgleichsanspruch nach § 1371 Abs. 2 BGB besitzt. Ein derartiger Anspruch erwächst dem weichenden Erben hinsichtlich des Hofvermögens nicht, obgleich der Hof nicht in sein Eigentum fällt. Der überlebende Ehegatte als weichender Erbe ist nur von der dinglichen Erbfolge in den Hof, nicht aber von der wertmäßigen ausgeschlossen. Außerdem ist er gesetzlicher Vermächtnisnehmer. Daher kann § 1371 Abs. 2 BGB nicht angewandt werden.¹⁾

Ist der überlebende Ehegatte, der nicht Hoferbe ist, durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge in das übrige Vermögen ausgeschlossen, dann ist er weder daran noch über den Abfindungsanspruch am Hofvermögen beteiligt. Er kann daher neben seinem Pflichtteilsanspruch, der sich aus dem bisherigen Recht ergibt, und bei dessen Errechnung gemäß § 16 Abs. 2 HöfeO der Einheitswert des Hofes maßgeblich ist, einen Ausgleichsanspruch gemäß § 1371 Abs. 2 BGB geltend machen.²⁾ Bei der Ermittlung des Ausgleichs ist auch das Hofvermögen zu berücksichtigen. Zwar ist der HöfeO ein derartiger Anspruch unbekannt. Das Gleichberechtigungsgesetz geht jedoch als lex posterior der HöfeO vor. Die HöfeO kann nicht etwa als Spezialgesetz den Vorrang beanspruchen.³⁾ Vielmehr ändert das Gleichberechtigungsgesetz die Bestimmungen der HöfeO auch insoweit ab, als bei der Berechnung des Ausgleichs der Hof mit seinem Ertragswert in Ansatz zu bringen ist (§ 1376 Abs. 4 BGB). Dieser setzt sich in den ehemals preußischen Gebieten, zu denen auch die Länder gehören, in denen die HöfeO gilt, aus dem 25fachen Betrag des jährlichen Reinertrages zusammen (Art. 83 Pr. AGBGB), während der Einheitswert nur den 19-fachen Betrag des jährlichen Reinertrages darstellt (§ 19 Abs. 2 HöfeO, §§ 31 Abs. 2 RBewG, 76 Abs. 3, 3a Abs. 2 DVO zum RBewG).

1) Pikalo RdL 1959, 3.

2) Lange NJW 1957, 1505; Pikalo RdL 1959, 3.

3) Ebenso Pikalo RdL 1959, 3 Anm. 24.

Dasselbe gilt, wenn der Ehegatte die Erbschaft in den Hof und in das hof-freie Vermögen ausschlägt.

Schlägt der als Hoferbe berufene Ehegatte gemäß § 11 HöfeO den Hof aus, ohne auch die Erbschaft in das übrige Vermögen auszuschlagen, dann ist er wie ein gewöhnlicher weichender Erbe zu behandeln.¹⁾

Bei einem Ehegattenhof im Sinne des § 8 HöfeO ist der überlebende Ehegatte entweder Hoferbe oder, wenn der Hof nicht von ihm stammt, Hof-vorerbe. Hinsichtlich des Hofvermögens können ihm daher weder Abfin-dungs- noch Ausgleichsansprüche zustehen. Vielmehr erhöht sich lediglich sein Anteil am hoffreien Vermögen um $\frac{1}{4}$.²⁾ Ist er von der Erbfolge in das hof-freie Vermögen ausgeschlossen, dann hat er insoweit den Ausgleichs-anspruch des § 1371 Abs. 2 BGB.

Hat der verstorbene Ehegatte den Hof kraft Erbfolge oder im Wege des Übergabevertrages während des Bestehens der Zugewinnngemeinschaft erworben, dann ist der Hof bei Berechnung des Ausgleichs gemäß § 1374 Abs. 2 BGB nach Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen. Er bleibt daher bei der Ermittlung des Zugewinns praktisch außer Betracht. Das Hofvermögen ist für die Berechnung des Ausgleichs nur von Bedeutung, wenn der verstorbene Ehegatte den Hof nach dem Beginn der Zugewinnngemeinschaft käuflich erworben oder wenn er ihn vergrößert hat.

Weitere Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes ergeben sich bei der Verwaltung und Nutznießung, bei dem Altenteil und bei dem Aussteuer-anspruch.

II. Verwaltung und Nutznießung

Mangels einer entgegengesetzten Regelung in einer Verfügung von Todes wegen steht dem überlebenden Ehegatten gemäß § 14 Abs. 1 HöfeO, wenn der Hoferbe ein Abkömmling ist, bis zu dessen 25. Lebensjahr die Verwal-tung und Nutznießung am Hofe zu.³⁾ Dieses Recht kann das Gericht auf Antrag eines Beteiligten verlängern, beschränken oder aufheben.

Das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht, das sich als ein unmittelbar wirkendes und daher dingliches Vermächtnis darstellt⁴⁾, ist durch das Gleich-berechtigungsgesetz unberührt geblieben. Jedoch nimmt Lange⁵⁾ mit Recht an, daß ein dem Ehegatten gemäß § 1371 BGB zustehender Ausgleichs-anspruch bis zur Beendigung der Verwaltung und Nutznießung gestundet ist. Dies muß daraus gefolgert werden, daß auch ein Abfindungsanspruch des Ehegatten vor Ablauf der Verwaltungs- und Nutznießungszeit nicht fällig wird. Die Verwaltung und Nutznießung schließt das Recht und die Pflicht ein, den Hof in Besitz zu nehmen und zu bewirtschaften.⁶⁾ Solange dem Hoferben der Hof tatsächlich noch nicht zugefallen ist, er also die Früchte und Nutzungen nicht selbst ziehen kann, ist ihm jedenfalls demjenigen gegenüber, der sie einzuziehen berechtigt ist, nicht zuzumuten, die Abfin-

1) Ebenso Pikalo RdL 1959, 3 unten.

2) Lange NJW 1957, 1505; Pikalo RdL 1959, 5.

3) Ähnlich § 23 Rheinland-Pfalz, Art. 13 Württemberg.

4) Flad ZAkfDR 1936, 740; Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 240; Vogels § 26 RN. 9.

5) NJW 1957, 1505.

6) Lange-Wulff § 14 Bem. 188 a; Wöhrmann § 14 Anm. II 4 a.

dungen aufzubringen.¹⁾ Dasselbe Ergebnis kann aus § 14 Abs. 2 HöfeO gewonnen werden. Danach hat der überlebende Ehegatte nach Ablauf der Verwaltung und Nutznießung das Recht, einen für seine Verhältnisse üblichen Altenteil zu verlangen, wenn er auf die Abfindungsansprüche des § 12 HöfeO verzichtet. Der Gesetzgeber geht daher davon aus, daß der überlebende Ehegatte diese Forderung bis dahin noch nicht geltend gemacht hat. Für den Ausgleichsanspruch, soweit er sich auf das Hofvermögen bezieht, kann nichts anderes gelten.²⁾

III. Der Altenteil

Der überlebende Ehegatte, der in den Genuß des Altenteils kommen möchte, muß nicht nur auf den Abfindungsanspruch, sondern entsprechend § 14 Abs. 2 HöfeO auch auf den Zugewinn bezüglich des Hofvermögens verzichten.³⁾ Das gilt nicht nur für den um $\frac{1}{4}$ erhöhten Erbteil, sondern auch für den Ausgleichsanspruch. Es geht nicht an, daß ein Ehegatte zwar die Erbschaft ausschlägt und damit den Abfindungsanspruch verliert, aber dennoch den Altenteil und den Ausgleich erhält; denn auf die wertmäßige Beteiligung am Hof muß er als Gegenleistung für den Altenteil ohnehin verzichten.

IV. Der Aussteueranspruch

Nach § 12 Abs. 6 HöfeO hat der Hoferbe einer weichenden Erbin eine Aussteuer zu gewähren.⁴⁾ Dieser Anspruch ist ebenfalls durch den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie durch das Gleichberechtigungsgesetz trotz des Fortfalls des § 1620 BGB a. F. nicht berührt worden. Der Grund dafür liegt aber nicht darin, wie Lange⁵⁾ und Pikalo⁶⁾ meinen, weil die HöfeO als Besatzungsrecht solange weitergilt, bis sie durch ein deutsches Gesetz abgelöst wird⁷⁾, sondern weil dieser Anspruch mit der Gleichberechtigung im Einklang steht. Dem männlichen weichenden Erben steht ein Ausstattungsanspruch nach derselben Vorschrift zu.⁸⁾ Außerdem müssen die Berechtigten sich diese Ansprüche auf die Abfindungsforderung anrechnen lassen.

Aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 6 HöfeO kann geschlossen werden, daß der Aussteueranspruch entfällt, wenn die Miterbin eine Berufsvorbildung erhalten hat. In diesem Fall ist die Gewährung einer Aussteuer nicht mehr angemessen. Hinzu kommt, daß der Aussteueranspruch nur entsteht, wenn die Miterbin kein ausreichendes eigenes Vermögen besitzt.

1) Nach Lange-Wulff § 14 Bem. 188 a ist der überlebende Ehegatte im Innenverhältnis zum Hoferben verpflichtet, die Abfindungen der übrigen weichenden Erben zu zahlen. Dem dürfte zuzustimmen sein.

2) Das ist dann der Fall, wenn der überlebende Ehegatte auch an dem hoffreien Vermögen keine Erbrechte besitzt. Diese Fälligkeitstermine sind im übrigen im § 31 Abs. 1 des Entwurfs der Bundesregierung ausdrücklich geregelt.

3) Lange NJW 1957, 1505.

4) ähnlich § 24 Rheinland-Pfalz, Art. 12 Württemberg, § 22 Hessen.

5) NJW 1957, 1506.

6) RdL 1959, 5.

7) Diese Ansicht ist bereits unter D) widerlegt.

8) Beide Ansprüche entfallen jedoch nach dem Entwurf der Bundesregierung.

Kapitel 3

Das Sondererbrecht in anderen Gesetzen

Die rechtliche Einordnung der Hofnachfolge als Sondererbfolge in der Form einer beschränkten Gesamterbfolge gibt Anlaß zu einer Betrachtung der übrigen, dem geltenden Recht bekannten Sondererbrechte, um die bestehenden Unterschiede und Gemeinsamkeiten aufzuzeigen. Nach moderner Ansicht¹⁾ ist der im § 1922 BGB normierte Grundsatz der Gesamterbfolge in drei weiteren Fällen durchbrochen: bei der Heimstättenfolge (§ 26 AVO zum RHeimstG), bei der Vererbung eines Gesellschaftsanteils einer OHG und einer KG (§§ 139, 161 Abs. 2 HGB), sowie bei der Nachfolge der nicht-erbberechtigten Haushaltsangehörigen in ein Mietverhältnis des Erblassers (§ 19 MSchG). Schefer²⁾ zählt auch die Vererbung eines Geschäftsanteils einer GmbH hierher.³⁾

A) Die Vererbung einer Reichsheimstätte

Gemäß § 24 RHeimstG kann das Erbrecht hinsichtlich der Heimstätte besonders geregelt werden, um so ihre Einheit für die auf der Stelle sitzende Familie zu erhalten und ihre Übernahme zu erleichtern.⁴⁾ Dies ist durch die VO zur Ausführung des RHeimstG vom 19. 7. 1940 (RGBl. I 2. Halbbd. S. 1027) geschehen. § 25 AVO bestimmt, daß für die Beerbung des Heimstättlers das allgemeine Recht nur insoweit maßgebend ist, als sich aus dem RHeimstG oder der AVO nichts anderes ergibt. Von dem allgemeinen Erbrecht abweichend ist im § 26 AVO die Frage geregelt, wer Heimstättenfolger wird.⁵⁾ Danach fällt die Heimstätte, auch wenn mehrere Erben vorhanden sind, nur einem Erben, dem Heimstättenfolger, zu. Der Heimstättenfolger kann vom Erblasser in einer letztwilligen Verfügung bestimmt werden (§ 26 Ziff. 1 AVO). Die Heimstättenfolge tritt aber auch ein, wenn sich die Erben über die Person des Heimstättenfolgers einigen und diese Einigung dem zuständigen Nachlaßgericht innerhalb einer Frist von sechs Monaten seit dem Erbfall⁶⁾ in öffentlich beglaubigter Form oder durch Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle anzeigen (§ 26 Ziff. 2 AVO). Dasselbe gilt, wenn einer der Erben innerhalb einer Frist von sechs Monaten seit dem Erbfall bei dem

1) Bartholomeyczik S. 13, 198 ff.; Staudinger-Böhmer Einl. § 19 III RN. 9 ff.; § 28 II RN. 18 ff., Böhmer sieht jedoch im § 139 HGB offenbar keine Sondererbfolge. Siebert S. 24 ohne Mietrecht.

2) S. 60 ff.

3) Zunft NJW 1957, 1131 weist noch auf einen weiteren Fall des Sondererbrechts hin. Zwischen dem Deutschen Reich und der Sowjetunion wurde im Anschluß an den Rapallovertrag im Jahre 1926 ein Nachtragsabkommen geschlossen. Nach § 13 dieses Abkommens vererbten sich bewegliche Sachen nach den Gesetzen des Staates, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehörte, die Erbfolge in unbewegliche Sachen richtete sich dagegen nach den erbrechtlichen Vorschriften des Staates, in dessen Gebiet sie gelegen waren. Insoweit handelt es sich jedoch nicht um ein Sondererbrecht, sondern um ein gespaltenes Erbstatut. Keine der Erben oder der Erbengemeinschaft stehen zueinander in irgendwelchen Beziehungen, vgl. Wolff S. 194.

4) Vgl. BGH RdL 1961, 13; OLG Köln NJW 1957, 834; Wormit-Ehrenfort § 26 Anm. 1.

5) Steht die Heimstätte in Gesamthands- oder Miteigentum mehrerer Personen, so kommt es nicht zur Sondererbfolge, sondern zur allgemeinen Erbfolge des BGB, so mit Recht LG Mannheim NJW 1960, 154; Bartholomeyczik S. 200; a. A. OLG Frankfurt NJW 1961, 542.

6) Gemeint ist offenbar seit Kenntnis des Erbfalls. Andernfalls wären z. B. die Fälle der Kriegsverschollenheit mit anschließendem Todeserklärungsverfahren nicht befriedigend zu lösen.

Nachlaßgericht beantragt, unter den Erben eine Einigung über den Heimstättenfolger herbeizuführen und das Nachlaßgericht ein Verfahren über die Regelung der Heimstättenfolge einleitet. In diesem Fall kann der Heimstättenfolger durch einen mit Zweidrittelmehrheit gefaßten Beschluß der Miterben — insoweit sind die Erbanteile maßgeblich — und durch Genehmigung dieses Beschlusses seitens des Nachlaßgerichts bestimmt werden (§ 26 Ziff. 3 AVO).

Liegt eine letztwillige Verfügung des Erblassers über die Heimstättenfolge nicht vor und kann weder eine Einigung noch ein Einigungsbeschluß erzielt werden, so kann die Erbauseinandersetzung unter den Miterben nur in der Weise erfolgen, daß die Heimstätte veräußert wird (§ 35 AVO). Das Heimstättenrecht hindert den Erblasser trotz der §§ 25, 26 AVO nicht daran, eine Vor- und Nacherbschaft anzuordnen oder mehrere Personen als Erben einzusetzen.¹⁾

Die Heimstättenfolge ist eine Sondererbfolge.²⁾ § 27 Abs. 2 AVO besagt dies ausdrücklich, wenn es dort heißt, daß die Zuwendung der Heimstätte an einen Erben im Zweifel nicht als Vorausvermächtnis, sondern als Bestimmung des Heimstättenfolgers gilt. Zwar stellt diese Vorschrift nur eine Auslegungsvermutung dar. Das bedeutet aber nicht, daß die Bestimmung des Heimstättenfolgers anders als eine Sondererbfolge ausgelegt werden kann. Aus § 27 Abs. 2 AVO geht vielmehr hervor, daß neben der Heimstättenfolge die Anordnung eines Vermächtnisses, insbesondere eines Vorausvermächtnisses zulässig ist. Diese Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 31 Abs. 1 AVO zu sehen. Danach tritt im Fall der Bestimmung eines Heimstättenfolgers durch eine Verfügung von Todes wegen, sofern keine abweichende Anordnung des Erblassers vorliegt, im Verhältnis der Miterben zueinander der Anrechnungswert an die Stelle der Heimstätte. Beide Vorschriften legen dem Erblasser die Bestimmung in die Hand, zu welchem Wert der Heimstättenfolger die Heimstätte übernehmen soll. Die Heimstättenfolge ist auch in den Fällen des § 26 Ziff. 2 und 3 AVO nicht mit einer Erbauseinandersetzung vergleichbar.³⁾ Der Heimstättenfolger erwirbt die Heimstätte nicht nur auf Grund der Einigung oder des Einigungsbeschlusses, die ja beide erst nach dem Erbfall zustande kommen können, sondern gemäß § 29 Abs. 1 AVO bereits mit dem Erbfall. Der Verfügungstatbestand für die dingliche Zuordnung der Heimstätte ergibt sich somit aus dem Erbrecht. Die Einigung und der Einigungsbeschluß ermöglichen diesen erbrechtlichen Übergang des Eigentums an der Heimstätte, indem sie die Vererblichkeit der Heimstätte zugunsten eines Erben begrenzen. Dingliche Wirkung kann der Einigung und dem Einigungsbeschluß schon deswegen nicht beigelegt werden, weil sie nicht formbedürftig sind.⁴⁾ Andernfalls gäbe es für die Rückwirkung des Eigentumserwerbs auch keine Erklärung. Dem Heimstättenfolger fällt demnach in allen Fällen des § 26 AVO die Heimstätte kraft Erbrecht zu. Die Bestimmung des Heimstättenfolgers schafft die Voraussetzung dafür. Ohne sie ist der erbrechtliche Verfügungstatbestand nicht denkbar. Im Gegensatz zum Höferecht muß der Heimstättenfolger immer zugleich Erbe nach allgemeinem Recht sein.⁵⁾ Dies folgt daraus, daß er entweder vom Erblasser bestimmt wird, dann ist er testamentarischer Erbe, oder aber er geht als gewählter Heimstättenfolger aus dem Kreis der gesetzlichen oder testamentarischen Erben hervor.

1) BGH RdL 1961, 13; LG Verden RdL 1951, 296.

2) Bartholomeyczik S. 200; Pikalo S. 62; Siebert S. 24.

3) A. A. offenbar Wormit-Ehrenfort § 26 Anm. 2.

4) Der Form bedarf nur die Anzeige der Einigung.

5) Bartholomeyczik S. 200.

Eine Besonderheit lösen die Einigung und der Einigungsbeschluß aus. Beide wirken auf den Erbfall zurück. Zwischen dem Erbfall und dem Zustandekommen der Einigung oder des Einigungsbeschlusses entsteht ein Schwebezustand, in dem die Heimstätte entgegen unserem Erbrechtssystem herrenlos ist.¹⁾ Durch die im § 29 Abs. 1 AVO angeordnete Rückwirkung wird jedoch die Verletzung des Grundsatzes, der einen herrenlosen Nachlaß verbietet, wieder geheilt. Die Auffassung, daß sich die Heimstätte kraft Erbrechts vererbt, setzt sich somit insoweit mit dem Erbrechtssystem nicht in Widerspruch. Die Heimstätte fällt aber unabhängig von dem übrigen Nachlaß nur einem Erben zu. Dadurch wird das Gesamthandsprinzip durchbrochen. Infolgedessen handelt es sich bei der Heimstättenfolge um eine Sonderererbfolge.

Diese Sonderererbfolge stimmt in ihrer grundsätzlichen Ausgestaltung im wesentlichen mit der des Hoferbenrechts überein. Im einzelnen besteht aber eine so unterschiedliche Rechtslage in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht, daß eine Heimstätte nicht gleichzeitig ein Hof im Sinne der HöfeO sein kann.²⁾ Parallelen dogmatischer Art können dagegen gezogen werden. Die Vorschriften des Heimstättenrechts, die die Bildung gesamthänderischen Eigentums an der Heimstätte verhindern, nehmen wie die Sonderererbfolgebestimmungen des § 4 HöfeO nur Einfluß auf die dingliche Zuordnung der Heimstätte. Wertmäßig bleibt die Heimstätte dem Nachlaß und damit auch den übrigen Erben erhalten. Für den Fall, daß der Heimstättenfolger durch Verfügung von Todes wegen bestimmt ist, schreibt dies § 31 Abs. 1 AVO ausdrücklich vor. Im Verhältnis der Miterben zueinander tritt an die Stelle der Heimstätte der Anrechnungswert, der sich im einzelnen aus den §§ 15 RHeimstG, 31 Abs. 2 AVO ergibt. Eine entsprechende Vorschrift für die Fälle, in denen der Heimstättenfolger durch Einigung oder Einigungsbeschluß der Miterben bestimmt wird, fehlt. Das liegt aber nicht daran, daß der Gesetzgeber in diesen Fällen den übrigen Miterben die Wertbeteiligung an der Heimstätte versagen will. Er setzt es vielmehr als selbstverständlich voraus, daß die Einigung über die Heimstättenfolge nur über eine Einigung hinsichtlich der Abfindungen der übrigen Erben erreicht werden kann.

Die Heimstätte geht somit kraft einer beschränkten Gesamtererbfolge³⁾ unter Durchbrechung des Gesamthandsprinzips auf den Heimstättenfolger über, ohne daß damit der Wert der Heimstätte dem Nachlaßvermögen entzogen würde. Dies entspricht der Sonderererbfolge des Anerbenrechts.

Zwischen dem Heimstättenfolger und den übrigen Erben besteht auch hinsichtlich der Heimstätte eine Miterbengemeinschaft, die aber als atypisch bezeichnet werden muß, da die übrigen Erben in keinem Augenblick Gesamthandseigentum an der Heimstätte besitzen. Im übrigen gelten aber für das Verhältnis von Heimstättenfolger und übrigen Erben wie bei der „Erbeninnengemeinschaft“ am Hof alle Vorschriften über die Miterbengemeinschaft, soweit sie nicht Gesamthandseigentum an allen Nachlaßgegenständen voraussetzen. Anwendbar sind insbesondere die Ausgleichs- und Haftungs Vorschriften. Die übrigen Erben müssen daher auch für persönliche Forderungen eintreten, die mit der Heimstätte zusammenhängen. Für dingliche Schulden, die auf der Heimstätte lasten, haften sie dagegen nicht. Der Heimstättenfolger hat wie im Höferecht die Möglichkeit, den Anfall der Heimstätte auszuschlagen, ohne gleichzeitig die Erbschaft in das übrige Vermögen ausschlagen zu müssen (§ 28 AVO). Über die Heimstättenfolge ist die Ausstellung einer Bescheinigung zulässig (§ 29 Abs. 2 AVO), die dem Hoffolgezeugnis entspricht.

1) Vgl. in diesem Zusammenhang § 9 Abs. 4 Satz 1 AnerbenG von Bremen.

2) BGH RdL 1961, 13.

3) Da zu der Heimstätte nicht nur ein Grundstück gehört, sondern auch andere Rechtsverhältnisse, handelt es sich nicht um eine Singularsukzession.

B) Die Vererbung eines Gesellschaftsanteils

Stirbt ein Gesellschafter einer OHG, so wird die Gesellschaft gemäß § 131 Ziff. 4 HGB aufgelöst. Dasselbe gilt für eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft (§ 727 Abs. 2 BGB) und für eine KG beim Tode eines ihrer persönlich haftenden Gesellschafter (§ 161 Abs. 2 in Verbindung mit § 131 Ziff. 4 HGB), anders jedoch beim Tode eines Kommanditisten; in diesem Fall besteht die Gesellschaft fort (§ 177 HGB). Das Gesetz hat damit die Mitgliedschaft zu einer OHG, zu einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft und zu einer KG, soweit die persönlich haftenden Gesellschafter betroffen sind, für unvererblich erklärt. Der gesetzgeberische Grund für diese Regelung liegt in der personenrechtlichen Verbundenheit der Gesellschafter untereinander.¹⁾ Die OHG, die BGB-Gesellschaft und auch die KG, was ihre persönlich haftenden Gesellschafter anbelangt, stellen eine persönlichkeitsbezogene Arbeitsgemeinschaft und Haftungsgemeinschaft²⁾ dar, so daß es nicht angebracht erscheint, den überlebenden Gesellschaftern nach dem Tode eines ihrer Mitgesellschafter dessen Erben, die ihnen unbekannt, ja unerwünscht sein können, als neue Gesellschafter aufzuzwingen. Nach dem Ableben eines Gesellschafters entsteht unter den übrigen Gesellschaftern und dem oder den Gesellschafter-Erben eine Liquidationsgesellschaft gemäß §§ 145 ff. HGB, 727 Abs. 2 BGB mit dem Ziel, die laufenden Geschäfte abzuwickeln, die Gesellschaftsschulden zu tilgen, die Beiträge zurückzuerstatten und das übrigbleibende Gesellschaftsvermögen unter die Gesellschafter entsprechend ihren Gewinnanteilen zu verteilen.

Die Auflösung der Gesellschaft ist jedoch nicht zwingendes Recht. Sie tritt nur dann ein, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes ergibt (§§ 131 Ziff. 4 HGB, 727 Abs. 1 BGB). Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters unter den übrigen fortgesetzt werden soll.³⁾ Auch in diesem Fall ist die Mitgliedschaft des Gesellschafters-Erblassers nicht vererblich. Seine Mitgliedstellung geht vielmehr mit seinem Tode unter. Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern an (§ 738 Abs. 1 BGB). Auf den oder die Erben geht lediglich der mit dem Erbfall gemäß § 738 BGB entstehende Auseinandersetzungsanspruch über.

Die rechtspolitische Zwecksetzung, die für die Auflösung der Gesellschaft oder für die Aufnahme einer Gesellschaftsklausel des Inhalts sprechen, daß die Gesellschaft nur unter den übrigen Mitgliedern weiterbestehen soll, ist jedoch nicht immer erfüllt. Insbesondere bei Familienunternehmen treffen die Bedenken, die gegen eine Aufnahme von neuen Gesellschaftern sprechen, nicht zu. Hier kann sogar die Gefahr bestehen, daß die von den Familienangehörigen mühsam erworbenen Wirtschaftsgüter zerstört werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst wird; denn die dann erforderliche Auseinandersetzung ist in aller Regel mit Verlusten bei der Veräußerung des Gesellschaftsvermögens verknüpft. Die Vereinbarung, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen zu lassen, bringt nicht immer einen Ausweg. Vielfach sind die Gesellschafter nicht in der Lage, die den Erben des verstorbenen Gesellschafters gemäß § 738 BGB zugefallenen Abschichtungsansprüche allein mit Hilfe des Gesellschaftskapitals aufzubringen. Vor allem ist die Gesellschaft häufig auch auf die Arbeitskraft aller ihrer Mitglieder angewiesen. Wenn daher ein Gesellschafter durch Tod wegfällt, muß seine Arbeitskraft durch einen neuen Gesellschafter ersetzt werden. Um die mit dem Ableben eines Gesellschafters zusammenhängenden Schwierig-

1) Siebert S. 19.

2) RG DR 1943, 1424; BGHZ 22, 168 (192).

3) Vgl. § 138 HGB.

keiten zu umgehen, ist die Praxis dazu übergegangen, im Gesellschaftsvertrag eine sog. Nachfolgeklausel zu vereinbaren. Darin ist festgelegt, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters mit seinen Erben oder mit einem oder einigen seiner Erben fortgesetzt werden soll. Der oder die Nachfolger sind im Gesellschaftsvertrag entweder namentlich genannt oder näher bezeichnet (ältester Sohn, Witwe). Es kommt aber auch vor, daß es dem Erblasser überlassen bleibt, seinen oder seine Nachfolger näher zu bestimmen.¹⁾

Mit der Nachfolgeklausel wird der Zweck verfolgt, die Mitgliedsstellung des Gesellschafters-Erblassers unmittelbar auf den Nachfolger übergehen zu lassen,²⁾ ohne daß die Gesellschaft mit Auseinandersetzungsansprüchen der Erben belastet ist. Dieses Ziel kann aber durch eine solche Fortsetzungsklausel allein nicht erreicht werden. In der Nachfolgebrede kann kein Verfügungsvertrag zugunsten des Nachfolgeberechtigten erblickt werden. Zunächst wird die Frage, ob es einen Verfügungsvertrag zugunsten Dritter gibt, von der herrschenden Meinung verneint.³⁾ Zum anderen würde ein derartiger Vertrag, da mit ihm die gesamte Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters übertragen würde, auch einen Vertrag zulasten Dritter darstellen. Ein Vertrag zulasten Dritter ist unserem Rechtssystem jedoch fremd.^{4) 5)} Der Gesellschaftsvertrag kann daher nicht die unmittelbare Nachfolge in den Gesellschaftsanteil bewirken.⁶⁾

Die Auslegung der Nachfolgeklausel als ein Angebot, durch das die Mitgliedschaft bereits aufschiebend bedingt durch den Tod des Gesellschafters übertragen wird, wird zwar regelmäßig möglich sein. Diese Konstruktion führt jedoch nicht immer zu einer Lösung. Das Angebot des Gesellschafters-Erblassers müßte noch zu dessen Lebzeiten von dem Nachfolgeberechtigten angenommen werden. Daran wird es jedoch in der Regel fehlen.⁷⁾ Im übrigen setzt die Annahme voraus, daß der Nachfolger genau bezeichnet ist. Ferner muß er geschäftsfähig sein. Das Angebot des Gesellschafters an den Nachfolger ist überdies eine Schenkung von Todes wegen, die an sich dem Form Erfordernis einer Verfügung von Todes wegen unterliegt (§ 2301 Abs. 1 BGB),

1) Von der Nachfolgeklausel ist die ebenfalls übliche Eintrittsklausel zu unterscheiden. Diese verleiht dem Gesellschafters-Erben nur das Recht, der Gesellschaft beizutreten. Damit ist das aufgezeigte Problem jedoch nicht für alle Fälle gelöst. Für die Gesellschaft bleibt — zumindest eine Zeitlang — die Ungewißheit, ob der Berechtigte von seinem Beitrittsrecht Gebrauch macht. Eine Beitrittspflicht kann ihm allenfalls durch den Erblasser im Wege einer Vermächtnisanordnung auferlegt werden. Der Gesellschaftsvertrag allein kann eine solche Verpflichtung nicht begründen; denn er wäre insoweit ein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter. Vgl. Siebert S. 12.

2) Damit gehen aber nicht unbedingt alle Rechte des Gesellschafters-Erblassers auf den Erben über. Vielmehr können einzelne Rechte wie die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht erlöschen, wenn diese Befugnisse dem Erblasser nur aus besonderen Gründen und nur kraft seiner Persönlichkeit eingeräumt wurden und daher überwiegend persönlicher Natur sind: BGH NJW 1959, 192 = MDR 1959, 104. A. A. Geßler-Hefermehl § 139 RN. 22.

3) RGZ 124, 217 (221); KG JW 1933, 118 (119); Bartholomeyczik S. 368; Tiedau MDR 1957, 643; Enneccerus-Lehmann § 34 IV mit weiteren Literaturangaben in Anm. 8. A. A. Esser S. 410; Larenz S. 164; Westermann S. 18 f.; wohl auch RGZ 80, 175 (177).

4) Siebert S. 17.

5) Die Vorschriften der §§ 717, 719 BGB stehen der Übertragbarkeit nicht entgegen, denn sie sind dispositiver Natur.

6) Nach Wolf NJW 1954, 1549 wäre § 139 HGB überflüssig, wenn die Nachfolge durch einen Vertrag zugunsten Dritter ausgelöst werden würde; denn in diesem Fall habe der Gesellschafters-Erbe das Recht, die Gesellschaftersstellung nach § 333 BGB zurückzuweisen. Wolf kann zwar nicht in vollem Umfang zugestimmt werden. Jedoch wäre die Bedeutung des § 139 HGB darauf beschränkt, dem Gesellschafternachfolger die Stellung eines Kommanditisten zu vermitteln.

7) Kipp-Coing § 91 IV 4 c 3 S. 389.

es sei denn, daß die Schenkung noch zu Lebzeiten des Schenkers vollzogen wird. Eine Schenkung gilt aber nur dann als vollzogen, wenn der Schenkende dem Begünstigten bereits ein Opfer gebracht und ihm eine Anwartschaft auf die Zuwendung verschafft hat. Ein Anwartschaftsrecht hat der Beschenkte aber nur dann erworben, sofern sich der Schenkende ihm gegenüber ein für allemal gebunden hat. Die Nachfolgeklausel wäre danach nur noch mit Zustimmung des Nachfolgers abänderbar. Eine so weit gehende Bindung wird aber im allgemeinen kein Gesellschafter eingehen wollen.¹⁾

Da die Nachfolgeabrede in eine andere Vertragsform nicht gedeutet werden kann, kann durch den Gesellschaftsvertrag allein der unmittelbare Übergang des Gesellschaftsanteils auf einen Nachfolger nicht herbeigeführt werden. Die unmittelbare Übertragung des Gesellschaftsanteils kann daher nur im Erbrecht gesucht werden. Aber auch das Erbrecht begründet die unmittelbare Nachfolge nicht allein. Wie bereits erwähnt, ist die Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters zu einer Personengesellschaft infolge der Bestimmungen der §§ 131 Ziff. 4, 727 Abs. 1 BGB unvererblich, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht das Gegenteil vorschreibt. Die unmittelbare Nachfolge kann demnach nur durch ein Ineinandergreifen von Erbrecht und Gesellschaftsrecht erreicht werden. Das Gesellschaftsrecht schafft die Nachfolgemöglichkeit, das Erbrecht erzeugt den „Verfügungstatbestand“²⁾, die dingliche Zuordnung. Der Berufungsgrund des Erben ist gleichgültig. Er kann auf Gesetz oder auf letztwilliger Verfügung beruhen.³⁾

Das auf die Persönlichkeit zugeschnittene Gesellschaftsrecht und das die Rechte der Allgemeinheit berücksichtigende Erbrecht dienen verschiedenen Interessen.⁴⁾ Bei dem Zusammenprall von erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Normen muß es notgedrungen zu einem Interessenkonflikt kommen, der Rechtsprechung und Schrifttum schon seit langem beschäftigt, der aber befriedigend nur durch den Gedanken der Sondererfolge gelöst werden kann. Dies soll an folgenden drei Beispielen dargetan werden:

I. Die Nachfolge durch einen Alleinerben

A, B und C haben eine OHG gegründet. Der Gesellschaftsvertrag enthält die Nachfolgeklausel, daß die Gesellschaft beim Tode eines Mitgliedes mit dessen ältestem Sohn fortbestehen soll. A stirbt. Als Alleinerben hinterläßt er seinen Sohn X.

Dieser Fall bietet weder erbrechtlich noch gesellschaftsrechtlich besondere Schwierigkeiten. X tritt im Wege der Universalsukzession in das gesamte Rechts- und Pflichtleben des Erblassers ein. Dazu gehört auch die Nachfolge in die Gesellschaft; denn der Gesellschaftsvertrag hat die Mitgliedsstellung durch die Nachfolgeklausel vererblich gemacht. Die auf Grund der Ermächtigungsgrundlage der §§ 131 Ziff. 4, 139 HGB zulässige Nachfolgebestimmung greift in das Erbrecht ein, indem es die infolge der Persönlichkeitsbindung an sich unvererbliche Mitgliedschaft dem Nachlaßvermögen zuführt. Das Erbrecht wird dadurch aber nicht verändert. Der Nachlaß vermehrt sich lediglich. Er wird um den Gesellschaftsanteil des Erblasser bereichert. Die OHG bleibt mit ihrem alten Zweck als werbendes Unternehmen bestehen.

Zweifelhaft ist aber, ob der Gesellschafternachfolger X seine Haftung für sog. Altschulden, d. h. für solche Gesellschaftsschulden, die bereits im Zeitpunkt des Erbfalls entstanden waren, auf den Nachlaß beschränken darf.

1) Siebert S. 18.

2) Siebert NJW 1955, 809.

3) Geßler-Hefermehl § 139 RN. 8.

4) Kipp-Coing § 91 IV 4.

Dies wird mit Recht von der herrschenden Meinung verneint.¹⁾ Den Vertretern der Gegenmeinung ist zwar darin zuzustimmen, daß § 130 HGB nicht ohne weiteres anwendbar ist; denn es handelt sich insoweit nicht um einen Beitritt, sondern um eine Nachfolge eines Gesellschafters. Dennoch kann die Haftungsbeschränkung nicht zugelassen werden. Sie ist mit dem Wesen einer OHG, die eine persönlichkeitsbezogene Haftungsgemeinschaft darstellt, unvereinbar. Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung kann auch entgegen den Befürwortern der gegenteiligen Ansicht für die Gläubiger der alten Gesellschaftsschulden Nachteile mit sich bringen, nämlich dann, wenn nach dem Erbfall eine Gewinnausschüttung erfolgt. Die ausgezahlten Beträge gelangen in das Privatvermögen des Gesellschafter-Erben. Den Gesellschaftsgläubigern ist jedoch im Fall der Haftungsbeschränkung der Zugriff auf dieses Vermögen — im Gegensatz zu dem Privatvermögen des Erblassers vorher — verwehrt. Da aber eine Schlechterstellung der Gesellschafter-Gläubiger infolge des Ablebens eines Gesellschafters nicht hingenommen werden darf, kann dem Gesellschafter-Erben die Möglichkeit der beschränkten Erbenhaftung nicht gewährt werden. In diesem Punkt stimmen somit das Erbrecht und das Gesellschaftsrecht nicht überein. Dem Gesellschaftsrecht kann jedoch bedenkenfrei der Vorzug eingeräumt werden, da der Gesellschafter-Erbe das unentziehbare Recht hat, Kommanditist zu werden (§ 139 HGB), falls er eine unbeschränkte und persönliche Haftung nicht wünscht. Die dem Gesellschafter-Erben durch das Gesellschaftsrecht genommene erbrechtliche Haftungsbeschränkung bildet aber nicht etwa ein Sondererbrecht.

II. Die Nachfolge durch mehrere Erben

Der nunmehr zu besprechende Fall macht demgegenüber eine ernstzunehmende Kollision zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht deutlich.

Der Gesellschaftsvertrag der zwischen A, B und C gegründeten OHG enthält die Bestimmung, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt wird. Als A stirbt, wird er von seinen drei Söhnen, X, Y und Z, beerbt.

Nach den §§ 1922, 2032 BGB würde nunmehr die zwischen X, Y und Z bestehende Erbengemeinschaft Nachfolger des Gesellschafter-Erblassers geworden sein. Den Erben stände der Gesellschaftsanteil zur gesamten Hand zu.

Nach heute fast einhelliger Ansicht²⁾ kann jedoch eine Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer OHG sein. Daher soll in diesem Fall die Gesellschaft von den einzelnen Erben, unter die sich der Gesellschaftsanteil des Erblassers verteilt, fortgesetzt werden. Dieser Auffassung muß zugestimmt werden. Die Erbengemeinschaft kann weder als geschlossene Einheit auftreten, noch ist sie

1) Vgl. RGZ 170, 392 (394) = DR 1943, 806; Bartholomeyczik S. 311; derselbe DGWR 1938, 323; Baumbach-Duden § 139 Anm. 1 D; Geßler-Hefermehl § 139 RN. 56; Hueck S. 275; Weipert im RGRK § 139 Anm. 22. A. A. J. v. Gierke S. 98 ff., 112 ff.; Liebisch ZHR 116, 153; Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 162; so wohl auch Esser S. 735.

2) RGZ 16. 40; RG JW 1912, 475 (476); RGZ 145, 289 (295) = JW 1935, 417; RGZ 171, 345 (349) = DR 1943, 1224; BGHZ 22, 186 (192); KG JW 1933, 118 (119); KG JW 1935, 1794 = DNotZ 1935, 588; KG DNotZ 1955, 418 (420); Bartholomeyczik S. 201; Baumbach-Duden § 139 Anm. 2 B; Erman-Bartholomeyczik vor § 2032 Anm. 3 b; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 15; Fischer im RGRK § 727 Anm. 9; Geßler-Hefermehl § 139 Anm. 25; Hueck S. 265; Kipp-Coing § 91 IV 4 d S. 390; Kregel im RGRK § 1922; Anm. 14; Siebert S. 21; Staudinger-Geiler-Keßler § 727 RN. 17, 21. A. A. Buchwald AcP 154, 26 Anm. 10, derselbe JR 1955, 174. Buchwald folgert seine Ansicht daraus, daß eine Kapitalgesellschaft, eine OHG und eine KG persönlich haftender Gesellschafter einer OHG sein könne. Er übersieht dabei, daß eine Kapitalgesellschaft im Gegensatz zu der Erbengemeinschaft eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und daß die OHG und KG in vieler Hinsicht so behandelt werden, als seien sie juristische Personen.

in der Lage, für ihre Mitglieder die von § 128 HGB geforderte unbeschränkte Haftung zu übernehmen.¹⁾ Vor allem steht nach dem Wortlaut des § 139 Abs. 1 HGB jedem einzelnen Erben das Recht zu, die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters abzulehnen und stattdessen als Kommanditist in der Gesellschaft zu verbleiben. Auch daraus ist zu schließen, daß nicht die Erbengemeinschaft, sondern jede einzelne Erbe Mitglied der Gesellschaft wird. Eine Erbengemeinschaft ist als Mitglied einer OHG auch deswegen ungeeignet, weil sie auf Auflösung drängt. Sie ist also eine Liquidationsgemeinschaft. Es verträgt sich aber nicht mit dem werbenden Charakter einer OHG, daß sich auch nur einer ihrer Gesellschafter in Liquidation befindet. Infolgedessen hat die herrschende Meinung mit Recht den Schluß gezogen, daß der Gesellschaftsanteil nicht gesamthänderisch der Erbengemeinschaft, sondern jedem einzelnen Erben zufällt.

Das Gesamthandsprinzip des Erbrechts und das persönlichkeitsbezogene Haftungsprinzip des Gesellschaftsrechts differieren hier miteinander. Niemand wird deshalb die Nachfolge überhaupt nicht zulassen wollen. Die Abweichungen vom Gesamthandsprinzip sind äußerlich gering, die gesellschaftsrechtlichen Haftungsgrundsätze überwiegen demgegenüber. Dem Gesellschaftsrecht muß daher der Vorrang gelten.

Eine dogmatische Erklärung dafür können die angeführten Gründe jedoch nicht liefern. Auch die Vorschrift des § 139 HGB setzt die Vervielfältigung des Mitgliedschaftsrechts des Erblassers nur voraus, sie begründet diese nicht.²⁾ Es geht auch nicht an, die Aufteilung des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafter-Erblassers als eine Folge einer bereits mit dem Erbfall vollzogenen Erbauseinandersetzung anzusehen.³⁾ Die grundsätzlichen Bedenken, die gegen eine gesetzliche Teilungsanordnung mit unmittelbarer Wirkung zu erheben sind, sind bereits in einem anderen Zusammenhang erörtert worden.⁴⁾ Die Erbengemeinschaft kann sich hinsichtlich der Mitgliedschaft nicht auseinandersetzen, weil ihr in keinem Augenblick diese Mitgliedschaft oder der Kapitalanteil des Erblassers gehört hat. Die Eigentums- oder Inhaberrechte daran konnten ihr nicht zufallen, weil das Gesellschaftsrecht eine Erbengemeinschaft als Mitglied einer OHG nicht zuläßt und demgemäß die Mitgliedstellung für sie nicht vererblich machen konnte.⁵⁾

Die Nachfolgeklausel kann daher nur dahingehend ausgelegt werden, daß die Mitgliedschaft für jeden einzelnen Erben vererblich gemacht worden ist. Infolge dieser gesellschaftsrechtlichen Sperrwirkung kann die Erbengemeinschaft den Gesellschaftsanteil nicht gesamthänderisch erwerben. Sind aber mehrere Erben vorhanden, dann muß der Gesellschaftsanteil des Gesellschafter-Erblassers natürlich unter sie verteilt werden. Der Aufteilungsschlüssel ergibt sich allein aus dem Gesellschaftsrecht und nicht etwa aus dem Erbrecht.⁶⁾ Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften bestimmen die Vererblichkeit der Mitgliedschaft generell und damit auch dem Umfang nach. Das Erbrecht wirkt insoweit nur mit, als die Nachfolgeklausel regelmäßig in dem Sinne zu deuten sein wird, daß eine Aufteilung entsprechend den Erb-

1) So mit Recht Siebert S. 21.

2) Liebisch ZHR 116, 134; Siebert NJW 1955, 810 Anm. 12.

3) So aber offenbar Buchwald AcP 154, 25 Anm. 9.

4) Vgl. Kap. 2 Abschn. A II.

5) So mit Recht Siebert S. 21. Siebert spricht aber irreführend davon, daß weder die Mitgliedschaft noch der Kapitalanteil in den Nachlaß gelangt seien. In den Nachlaß sind diese Vermögensteile schon gefallen (Kipp-Coing § 91 IV 4 d S. 391. Wolf NJW 1954, 1549, Zunft NJW 1957, 1171 entgegen Hueck DNotZ 1952, 554 mit der früher vorherrschenden Meinung), jedoch nicht in das gesamthänderische Eigentum der Erbengemeinschaft.

6) Anders die herrschende Meinung. Sudhoff S. 234 will wohl eine Vervielfältigung nach der Kopfzahl der nachfolgeberechtigten Erben annehmen.

anteilen der einzelnen Erben erfolgen soll. Zwingend ist eine solche Auslegung jedoch nicht. Denkbar ist auch, daß nach dem Gesellschaftsvertrag jeder Erbe einen gleichhohen Anteil der Gesellschaftsbeteiligung erwerben soll. Die Mitgliedschaft teilt sich dann in entsprechend viele Bruchteile auf und fällt an die einzelnen nachfolgeberechtigten Erben.

Die dogmatische Begründung für eine derartige durch den Erbfall ausgelöste dingliche Zuordnung des Bruchteils eines Gesellschaftsanteils ergibt sich aus dem Zusammenwirken von Gesellschafts- und Erbrecht. Nur soweit das Gesellschaftsrecht die Mitgliedschaft zu einem vererblichen Gut erklärt hat, ist daran ein erbrechtlicher Erwerbsakt des Nachfolgeberechtigten möglich. Insoweit ist eine Sondererbfolge gegeben; denn infolge der Teilvererblichkeit des Mitgliedschaftsrechts wird dieser Vermögensgegenstand aus dem übrigen Nachlaß des Erblassers ausgeklammert und einem besonderen rechtlichen (dinglichen) Schicksal unterstellt. Das Gesamthandsprinzip des § 2032 BGB ist durchbrochen. Eine Erbfolge ist deswegen gegeben, weil das Erbrecht den Verfügungstatbestand erzeugt. Der Erbfall löst den Erwerbsakt aus, das Gesellschaftsrecht schafft nur die Voraussetzungen für den erbrechtlichen Erwerb. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft erfolgt also bei mehreren Erben, abgesondert vom übrigen Nachlaß, in der Form einer Sondererbfolge.

III. Die Nachfolge durch einen oder einige von mehreren Erben

Die Problematik, die der Konflikt zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht aufwirft, tritt insbesondere bei folgendem Fall hervor.

Der Gesellschaftsvertrag der von A, B und C gegründeten OHG enthält eine Klausel, wonach beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft nur mit einem Erben, nämlich dem ältesten Sohn, des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden soll.¹⁾ Als A stirbt, hat er ein Testament nicht hinterlassen. Neben seinem ältesten Sohn X sind seine Abkömmlinge Y und Z je zu $\frac{1}{3}$ zur Erbschaft kraft Gesetzes berufen.

Aus den bisherigen Ausführungen folgt bereits, daß nur X Gesellschafternachfolger werden kann. Es erhebt sich jedoch die Frage, in welchem Umfang X die Mitgliedstellung des A erwirbt. X ist nur zu $\frac{1}{3}$ der Erbschaft berufen. Beeinflußt die Erbquote den Erwerb der Mitgliedschaft, und wo bleiben gegebenenfalls die restlichen $\frac{2}{3}$? Wie läßt es sich erreichen, daß X entsprechend dem Sinn der Nachfolgeklausel die volle Mitgliedschaft des A erhält? Wie kann die durch die Gesellschafternachfolge des X für die übrigen Erben etwa eintretende Benachteiligung ausgeglichen und verhindert werden?

Der BGH hatte sich in seiner Entscheidung vom 22. 11. 1956²⁾ mit diesen Fragen zu befassen. Er hat den Konflikt zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht in folgender Weise zu lösen versucht:

Der BGH geht zunächst zutreffend davon aus, daß für die Frage, wer der Nachfolger eines persönlich haftenden Gesellschafters werden kann, nicht das Erbrecht, sondern das Gesellschaftsrecht maßgeblich ist. Denn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, für wen der Gesellschaftsanteil vererblich ist.³⁾ Der

1) Dieselbe Problematik ergibt sich, wenn die Fortsetzungsklausel sich nur auf einen Teil der Erben bezieht.

2) BGHZ 22, 186 = NJW 1957, 180 = JZ 1957, 220 = DNotZ 1957, 405 = BB 1957, 9 = LM Nr. 1 zu § 139 HGB mit zustimmender Anm. von Fischer. Ebenso Kregel im RGRK § 1922 Anm. 14; Fischer im RGRK § 727 Anm. 10; Sudhoff S. 234.

3) BGHZ 22, 193

BGH fährt dann aber fort, daß es zweifelhaft sei, ob die Erbeneigenschaft des Gesellschafter-Nachfolgers ausreiche, ihm den vollen Gesellschaftsanteil des Erblassers zuzusprechen. Diese Frage könne nur nach einem Vergleich mit den Ergebnissen beantwortet werden, die sich ergeben, wenn entweder alle Miterben Gesellschafter-Nachfolger werden oder wenn keiner von ihnen die Nachfolge antreten könne. Der erste Fall führe dazu, daß jeder Miterbe kraft seines Erbrechts eine seinem Erbanteil entsprechende Quote des Gesellschaftsanteils des Erblassers erhalte und mit diesem Teil automatisch Gesellschafter werde. In dem zweiten Fall erwachse den Miterben, da sie nicht Gesellschafter würden, zur gesamten Hand ein schuldrechtlicher Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft. Was für beide Fälle einzeln gelte, müsse entsprechend gelten, wenn beide Tatbestände gemischt auftraten. Der als Gesellschafter-Nachfolger zugelassene Miterbe erhalte auf Grund seines Erbrechts nur einen Teil des Gesellschaftsanteils des Erblassers. Den übrigen Miterben müsse dagegen zur gesamten Hand gegen die Gesellschaft ein Abfindungsanspruch nach Maßgabe der gesellschaftsvertraglichen Regelung gewährt werden, und zwar unter Berücksichtigung der ihnen zustehenden Erbteile.¹⁾ Es sei aber allgemein anerkannt, daß im Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters der Abfindungsanspruch der Erben des verstorbenen Gesellschafters ausgeschlossen werden könne. Daher müsse ein solcher Ausschluß auch gegenüber denjenigen Miterben zugelassen werden, die nach dem Gesellschaftsvertrag nicht Gesellschafter-Nachfolger werden. Dies habe aber nicht zur Folge, daß nunmehr der Gesellschafter-Erbe den vollen Gesellschaftsanteil des Erblassers erhalte. Das sei deswegen ausgeschlossen, weil der Gesellschafter-Miterbe nur das und nur so viel erlangen könne, wie ihm auf Grund seines Erbrechts zustehe. Der restliche Gesellschaftsanteil „wachse“ vielmehr den übrigen Gesellschaftern „zu“. Wenn aber dem Gesellschaftsvertrag ein Ausschluß der Abfindungsansprüche für diejenigen Miterben zu entnehmen sei, die nicht die Gesellschafter-Nachfolge antreten können, so dürfe nach der allgemeinen Lebenserfahrung dies nicht zu einer Verstärkung der gesellschaftsrechtlichen Stellung der überlebenden Gesellschafter führen. Daher seien die übrigen Gesellschafter verpflichtet, dem Gesellschafter-Nachfolger einen Gesellschaftsanteil in dem Umfange einzuräumen, wie ihn der Erblasser innegehabt habe. Zwischen dem Ausschluß der Abfindungsansprüche der übrigen Miterben und dem Anspruch des Gesellschafter-Miterben gegen die übrigen Gesellschafter auf Einräumung des vollen Gesellschaftsanteils des Erblassers bestehe ein so enger Zusammenhang, daß den Gesellschafter-Nachfolger unter Berücksichtigung von Treu und Glauben seinen Miterben gegenüber eine Ausgleichspflicht treffe.

Diese Entscheidung kann weder in ihrer rechtlichen Konstruktion noch in ihrer dogmatischen Begründung befriedigen. Der BGH ist bedauerlicherweise bei der dogmatischen Abgrenzung zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht auf halbem Wege stehen geblieben.²⁾ In derselben Entscheidung hat der BGH ausdrücklich anerkannt, daß eine „Sonderrechtsnachfolge“ vorliegt, wenn mehrere Miterben nach der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft fortsetzen, weil sich die Mitgliedschaft des Erblassers „automatisch“ vervielfältigt. Von hier aus war es nur noch ein geringer Schritt zur Anerkennung der Sondererbfolge auch in dem Fall, in dem nur einer oder nur einige von mehreren Miterben zur Gesellschafter-Nachfolge be-

1) Unter Berufung auf RGZ 170, 106; 171, 360; Hueck DNotZ 1952, 554; Liebisch ZHR 116, 152. Unklar angeblich RG DR 1941, 1086. Anders Düringer-Hachenburg-Flechthelm § 139 Anm. 15.

2) Man kann mit Schefer S. 70 f. durchaus der Ansicht sein, der BGH habe eine Sondererbfolge auch insoweit zugelassen, diese jedoch dem Umfang nach durch die Erbquote beschränkt.

stimmt sind.¹⁾ Der BGH glaubte, aus Rechtsgründen den Weg der Sondererfolge nicht gehen zu können. Um aber dennoch zu einem brauchbaren, den Willen und Interessen aller Beteiligten gerecht werdenden Ergebnis zu kommen, mußte er auf eine Konstruktion zurückgreifen, die Hueck mit Recht als umständlich und künstlich anmutend bezeichnet hat.²⁾ Sie bringt darüber hinaus eine Reihe von Ungereimtheiten und Schwierigkeiten mit sich, so daß dem BGH schon aus diesen Gründen nicht gefolgt werden kann.

Bei dieser Entscheidung überrascht, daß der BGH den übrigen Gesellschaftern etwas zuspricht, was sie sofort an den Gesellschafter-Erben wieder herausgeben müssen. Im Schuldrecht gilt der Satz: *qui dolo malo petit, qui petit, quod statim rediturus est*. An diesen Grundsatz sind Gesetzgeber und Rechtsprechung im Gesellschafts- und Erbrecht gleichermaßen gebunden. Siebert³⁾ hat zutreffend darauf aufmerksam gemacht, daß ein nicht zu unterschätzendes Element der Unsicherheit in den Nachfolgevorgang getragen wird, wenn erst durch einen Vertrag unter Lebenden der dem Gesellschafter-Erben nicht zugefallene Gesellschaftsanteil von den übrigen Gesellschaftern auf ihn übertragen werden muß. Falls die überlebenden Gesellschafter sich nicht freiwillig zur Übertragung dieses Gesellschaftsanteils bereitfinden können, muß der Gesellschafter-Nachfolger seinen Anspruch im Prozeßwege durchsetzen. Dadurch wird die Zeitspanne, die in jedem Fall zwischen Erbfall und Erwerb der restlichen Mitgliedschaft liegt, noch vergrößert. In der Zwischenzeit entstehen für die Nachlaßgläubiger Nachteile, da sie sich vorerst nur an einer Quote des Gesellschaftsanteils des Erblassers schadlos halten können. Unklar ist auch, wie die Gewinnanteile verteilt sind, wenn während dieser Zeit Gewinnausschüttungen vorgenommen werden,⁴⁾ und ob die übrigen Gesellschafter die ihnen etwa zufließenden erhöhten Gewinne nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung wieder herausgeben müssen.⁴⁾ Bei dem Prozeß zwischen dem Gesellschafter-Nachfolger und den übrigen Erben erhebt sich die Frage, ob der Anspruch bereits durchsetzbar ist, bevor der Gesellschafter-Miterbe die Abfindungsansprüche der übrigen Erben befriedigt hat oder ob bis dahin nur eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung der Abfindung erfolgen kann, zumal der BGH den engen Zusammenhang dieser beiden Ansprüche betont. Geklärt werden müßte ebenfalls, ob die übrigen Miterben ihre Abfindungsansprüche geltend machen können, bevor die volle Mitgliedschaft auf den Gesellschafter-Nachfolger übertragen worden ist.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich, wenn der Gesellschafter-Nachfolger den Anspruch auf Übertragung der restlichen Anteile nicht erhebt oder gar darauf verzichtet. In diesem Fall wäre nicht nur die vom Erblasser erstrebte Vollnachfolge vereitelt⁵⁾, sondern für die Nachlaßgläubiger auch ungewiß, wie sie sich verhalten sollen. Können sie den Gesellschafter-Nachfolger zwingen, seinen Anspruch auf Übertragung der restlichen Anteile durchzusetzen⁶⁾, oder haben sie die Möglichkeit, diesen Anspruch zu pfänden und sich überweisen zu lassen?⁷⁾ Wie steht es dann aber mit den Abfindungsansprüchen der übrigen Erben? Geht die Verpflichtung zur Zahlung dieser Forderungen kraft Gesetzes auf den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger über? Unvertretbar erscheint auch der Nachteil, der den Nachlaßgläubigern,

1) *Zunft* NJW 1957, 1131.

2) *JZ* 1957, 223.

3) *BB* 1957, 19 a. E.

4) *Hueck JZ* 1957, 223

5) *Siebert BB* 1957, 19

6) *Hueck JZ* 1957, 223.

7) Vgl. dazu auch *Reinicke NJW* 1957, 564.

soweit es sich um Privatgläubiger des Erblassers handelt, durch den Abschluß eines Erlaßvertrages entsteht; denn in diesem Fall ist ihnen der Zugriff nach den bei den übrigen Gesellschaftern verbleibenden Restanteilen versagt, es sei denn, daß der Erlaßvertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist oder angefochten werden kann.

Vor allem vermag der BGH keine einleuchtende Begründung dafür zu geben, daß der Teil des Mitgliedschaftsrechts des Erblassers, der dem Gesellschafter-Nachfolger wegen seines geringen Erbanteils vermeintlich nicht zufallen kann, den übrigen Gesellschaftern anwächst. Der BGH spricht zwar von einem „zugewachsenen“ Teil, meint aber offensichtlich die Anwachsung des § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wie es jedoch zu dieser Anwachsung kommen soll, obwohl auch der BGH annimmt, daß der nachfolgeberechtigte Erbe die Gesellschafterstellung des Erblassers automatisch fortsetzt, bleibt offen. Im Gegenteil, Zunft¹⁾ weist mit Recht darauf hin, daß der BGH unter Ziffer 3 seines Urteils²⁾ selbst ausführt, ein Abschichtungsanspruch nach § 738 BGB entstehe nur, wenn ein Nachfolger für den Erblasser nicht bestimmt sei und die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern allein fortgesetzt werde.³⁾ Das letztere ist in der Tat der für die Anwendbarkeit des § 738 BGB entscheidende Gesichtspunkt. Die Anwachsung kann sich nur auf die gesamthänderische Mitbeteiligung beziehen. Diese hängt aber ausschließlich von der Zahl der Mitglieder, nicht von dem quantitativen Umfang der Beteiligung ab.⁴⁾ Der Bestimmung des § 738 BGB kann nicht entnommen werden, daß die Veränderung des Kapitalanteils eine Anwachsung von Gesamthandsrechten auslöst. Es ist auch nicht einzusehen, daß sich die Gesamthandsberechtigung eines Gesellschafters in dem Maße verringert, in dem sein Kapitalanteil herabsinkt.

Wenn man mit dem BGH davon ausgeht, daß die restlichen Gesellschaftsanteile den überlebenden Gesellschaftern anwachsen⁵⁾, dann können diese Restanteile nicht als Bestandteil des Nachlaßvermögens angesehen werden. Den übrigen Miterben können infolgedessen erbrechtliche Abfindungsansprüche für den Fall, daß diese Anteile dem Gesellschafter-Nachfolger nach dem Erbfall durch Vertrag unter Lebenden übertragen werden, nicht zugerechnet werden. Der BGH hat dies nicht verkannt. Er glaubt, die Abfindungsansprüche mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) rechtfertigen zu können. Die von dem BGH den übrigen Miterben zugesprochenen Abfindungsansprüche können dennoch nur erbrechtlicher Natur sein. Der BGH muß daher mit Hilfe des § 242 BGB zumindest die wertmäßige Zuordnung der übrigen Gesellschaftsanteile zum Nachlaßvermögen fingieren. Das ist aber äußerst problematisch.⁶⁾ Dagegen spricht vor allem, daß es sich hierbei um die Ermittlung des Willens des Erblassers handelt und nicht so sehr um die Herbeiführung eines Ausgleichs zwischen zwei sich in einem Schuldverhältnis gegenüberstehenden Parteien.⁴⁾ Bereits unter diesen Gesichtspunkten kann dem Urteil des BGH kein Beifall gezollt werden. Die Entscheidung ist aber nicht nur in ihren rechtlichen Auswirkungen unannehmbar, sie ist auch schon in ihrem Ansatzpunkt unrichtig. Der BGH geht davon aus, daß der Gesellschafternachfolger nicht den vollen Gesellschaftsanteil des

1) NJW 1957, 1132.

2) BGHZ 22, 190.

3) A. A. RGZ 171, 345 (350) = DR 1943, 1224 (1226).

4) Siebert BB 1957, 20.

5) Insoweit hat Hueck JZ 1957, 223 zutreffend darauf hingewiesen, daß die Anwachsung nicht nur den überlebenden Gesellschaftern, sondern auch dem Gesellschafter-Nachfolger zugute kommen müsse.

6) Vgl. Siebert BB 1957, 20.

7) So mit Recht Tiedau MDR 1957, 644.

Erblassers erlange, weil er den Anteil nur in Höhe seines Erbteils erwerben könne. Der BGH führt zu dieser Frage wörtlich folgendes aus:¹⁾

„Die unmittelbare Folge eines solchen Ausschlusses ist nun freilich nicht, wie im Schrifttum teilweise angenommen wird..., daß dann der Gesellschafter-Miterbe den ganzen Gesellschaftsanteil seines Erblassers erhält. Das ist deshalb ausgeschlossen, weil der Gesellschafter-Miterbe insoweit nur das und nur so viel erlangen kann, wie ihm auf Grund seines Erbrechts zusteht. Der Gesellschaftsvertrag kann in einem solchen Fall für den Miterben bei seinem automatischen Eintritt in die Gesellschaft nicht ein selbständiger Erwerbsgrund sein. Der Gesellschaftsvertrag ist ein Vertrag unter Lebenden und kann dem Gesellschafter-Nachfolger nur Rechte zuweisen, wenn insoweit der Erblasser zu seinen Lebzeiten und sein Nachfolger bindende Verpflichtungen eingegangen waren... In einem Fall der vorliegenden Art dagegen, in dem ein solcher bindender Vertrag zwischen Erblasser und Nachfolger nicht geschlossen war, kann durch den Gesellschaftsvertrag dem Gesellschafter-Miterben in seiner Stellung als Erben nur das zugewendet werden, was ihm auf Grund seines Erbrechts zufällt.“

Der BGH übersieht bei seinen Gedankengängen, daß das Erbrecht einen Unterschied zwischen der dinglichen und der wertmäßigen Zuordnung des Nachschaffvermögens macht.²⁾ Die dingliche Zuordnung tritt infolge der Universalsukzession ein. Die wertmäßige Zuordnung bildet die Grundlage für die Erbauseinandersetzung der Miterben. Die dingliche und die wertmäßige Zuordnung brauchen selbst bei einem Alleinerben nicht übereinzustimmen. Dies ist zum Beispiel dann nicht der Fall, wenn der Alleinerbe mit Vermächnissen oder Auflagen beschwert ist. Für die dingliche Zuordnung sind die Erbanteile ohne Bedeutung. Die Universalsukzession erfolgt mit Rücksicht auf die Erbberechtigung schlechthin. Durch den Umfang der Erbanteile wird sie nicht beeinflusst. Auch ein Blick auf die Erbengemeinschaft zeigt, daß die Bruchteile, mit denen die einzelnen Erben zur Erbschaft berufen sind, nicht die Gesamthandsgemeinschaft, das ist die dingliche Zuordnung, begründen; denn die Mitanteile am Nachschaffvermögen können nicht quotenmäßig oder rechnerisch erfaßt werden.³⁾ Es trifft daher nicht zu, wenn der BGH ausführt, daß einem Gesellschafter-Erben in seiner Stellung als Erben nur das zugewendet werden kann, was ihm auf Grund seines Erbrechts (gemeint ist auf Grund seines Erbanteils) zusteht. Die Nachfolgeklausel bezieht sich einzig und allein auf die dingliche Zuordnung. Die wertmäßige Zuordnung des Nachschaffvermögens läßt sie unberührt. Diese hängt von den Erbanteilen ab. Die Erbteile bestimmen den Vermögenszuwachs, den der Erbe durch den Erbfall endgültig erfährt. Daher kann auch umgekehrt auf den Erbteil geschlossen werden, wenn der Erblasser eine Erbauseinandersetzungsanordnung getroffen und dabei seinen gesamten Nachschaff aufgeteilt hat.

Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, daß der Anteil eines Gesellschafters an einer OHG im allgemeinen unvererblich ist. Aus den Bestimmungen der §§ 139, 131 Ziff. 4 HGB folgt aber, daß der Gesellschaftsvertrag die Gesellschaftsanteile für vererblich erklären kann. Auf Grund dieser gesetzlichen Ermächtigung wird der erbrechtliche Übergang des Anteils auf den Nachfolger ermöglicht und daher eine Voraussetzung der dinglichen Zuordnung erfüllt, die durch das Erbrecht ausgelöst wird. Den Verfügungstatbestand stellt mithin nicht die Nachfolgeklausel, sondern das Erbrecht. Gesellschafter-Nachfolger kann nur werden, wer Erbe geworden ist, sei es auf Grund einer Verfügung von Todes wegen, sei es kraft Gesetzes. Der Gesellschaftsvertrag greift insoweit in das Erbrecht ein, als durch ihn der erbrechtliche Verfügungstatbestand ermöglicht wird. Die Nachfolgeklausel

1) BGHZ 22, 195.

2) Siebert S. 43 Anm. 8 a.

3) Staudinger-Geiler-Kefler Vorbem. vor § 705 RN. 43 b.

ist somit ein Tatbestandsmerkmal der dinglichen Zuordnung. Die Gesellschaftsklausel eröffnet aber nicht nur den erbrechtlichen Erwerb selbst, sondern auch seinen Umfang.¹⁾ Ist in der Nachfolgeklausel nur einer von mehreren Erben genannt, so erwirbt dieser Erbe die Gesellschaftserstellung allein und in dem im Gesellschaftsvertrag zugestandenem Umfang.²⁾

Gegen die Zulässigkeit einer Nachfolgeklausel, durch die ein Gesellschaftsanteil nur für einen Erben vererblich gemacht worden ist, können sich allerdings Bedenken erheben. Soll nur ein Miterbe Gesellschafter-Nachfolger werden, dann wird nur ihm der Gesellschaftsanteil zugeordnet. Dadurch wird aber das Gesamthandsprinzip, das eine wesentliche Institution des Erbrechts ist, durchbrochen. Es fragt sich daher, ob ein Gesellschaftsvertrag einen derartig in unserem Erbrechtssystem verankerten Grundsatz aufheben kann. Der Gesellschaftsvertrag allein wäre dazu ohne Zweifel nicht in der Lage; denn die rechtlichen Folgen der Universalsukzession können kraft Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden. Der Erblasser kann sie nicht einmal in einer Verfügung von Todes wegen beseitigen. Die §§ 1922, 2032 BGB sind zwingendes Recht. Diese Bestimmungen können daher nur auf Grund einer anderen gesetzlichen Vorschrift beseitigt werden. Dies ist aber durch die §§ 131 Ziff. 4, 139 HGB geschehen. Zwar wird das Gesamthandsprinzip durch diese Vorschriften nicht unmittelbar aufgehoben. Sie bilden jedoch die gesetzliche Ermächtigung dafür, daß der Gesellschaftsvertrag sich über die Gesamtnachfolge aller Erben hinwegsetzen darf. Damit ist die Aufhebung des Gesamthandsprinzips legalisiert. Der Gesetzgeber wollte die Möglichkeit, den Gesellschaftsanteil für vererblich zu erklären, nicht nur für einen Alleinerben eröffnen. Er muß dabei auch im Auge gehabt haben, daß der Erblasser von mehreren Erben beerbt werden kann und daß alle Erben die Gesellschafternachfolge antreten können. Für diesen Fall ist aber bereits nachgewiesen, daß die Erbengemeinschaft nicht Mitglied der OHG wird, sondern jeder einzelne Miterbe. Darin liegt schon eine Durchbrechung des Gesamthandsprinzips. Wenn aber in diesem Fall der Grundsatz der Gesamthandsgemeinschaft übergangen ist, so kann kein durchgreifendes Argument mehr gegen eine Nachfolgeklausel erhoben werden, die nur einen oder einige von mehreren Erben zum Gesellschafter-Nachfolger erklärt. Denn wenn auch bei einer Erbenmehrheit nur jeder einzelne Miterbe Gesellschafter-Nachfolger wird, so ist nicht einzusehen, warum die Nachfolgemöglichkeit nicht von vornherein auf einen Erben beschränkt werden kann.³⁾

Die §§ 131 Ziff. 4, 139 HGB bilden danach die gesetzliche Ermächtigung für die Durchbrechung des Gesamthandsprinzips. Sie stellen daher die gesetzliche Grundlage für die Sondererbfolge dar. Siebert⁴⁾, der eine ausdrückliche positivrechtliche Norm für die Sondererbfolge vermißt, kann daher insoweit nicht zugestimmt werden.

Während das Gesellschaftsrecht Einfluß auf die dingliche Zuordnung des Gesellschaftsanteils nimmt, tastet es die wertmäßige Zuordnung des Nachlasses insgesamt nicht an. Andernfalls läge ein unzulässiger Eingriff in das Erbrecht vor, der durch die Ermächtigung in den §§ 131 Ziff. 4, 139 HGB nicht gedeckt wäre. Das Gesellschaftsrecht ist ohnehin nicht in der Lage, die Erb-

1) So mit Recht Zunft NJW 1957, 1132.

2) Eine Vollnachfolge wird bereits vom OLG Hamm OLG 36, 270 angenommen. Im RGZ 145, 289 (295) = JW 1935, 417 ist der Gesellschaftsanteil als ein gesellschaftsrechtliches Zweckvermögen angesehen worden, an dem keine gesamthänderische Berechtigung aller Miterben besteht. Dennoch hat das RG den unmittelbaren, vollen Übergang des Anteils mit einem Vertrag zugunsten Dritter begründet. A. A. LG Bremen NJW 1954, 477, das zwar zutreffend den Gesellschaftsanteil zum Nachlaß zählt, andererseits aber meint, daß er trotz der Nachfolgeklausel auf alle Erben übergehe. Der Gesellschafter-Erbe könne jedoch nur allein die Mitverwaltungsrechte ausüben. Das LG verkennt das ineinandergreifen von Gesellschafts- und Erbrecht. Wie LG Bremen auch Schlicht NJW 1954, 985.

3) Im Ergebnis ebenso Geßler-Hefermehl § 139 RN. 17.

4) NJW 1955, 811; BB 1957, 19.

anteile eines Erben abzuändern. Mit seiner Hilfe kann nur der Umfang des Nachlasses bestimmt werden. Dadurch, daß der an sich unvererbliche Gesellschaftsanteil für vererblich erklärt wird, wird er Bestandteil des Nachlasses. Ohne die Vererblichkeitsklausel gehört er nicht zum Nachlaßvermögen. Das bedeutet aber nicht, daß die nicht nachfolgeberechtigten Erben wertmäßig an dem Gesellschaftsanteil nicht teilhaben. Fehlt eine Nachfolgebearbeitung, dann werden die Erben entweder Mitglieder der Liquidationsgemeinschaft, oder sie erhalten den Abfindungsanspruch des § 738 BGB. Obwohl in diesen Fällen der Gesellschaftsanteil unvererblich ist, kommt er den Erben doch wenigstens wertmäßig zu. Ist der Gesellschaftsanteil bei einer Nachfolgeklausel aber Bestandteil des Nachlasses, dann muß er wertmäßig allen Erben zustehen.¹⁾ Daran ändert nichts, daß er dinglich einem anderen rechtlichen Schicksal unterliegt als die übrigen Nachlaßgegenstände. Der Gesellschafter-Erbe muß sich daher bei der Erbauseinandersetzung den Gesellschaftsanteil anrechnen lassen und gegebenenfalls an die übrigen Miterben einen Ausgleich dafür zahlen, daß ein Nachlaßgegenstand bereits mit dem Erbfall seinem Eigentum einverleibt worden ist, ohne daß ihm dieses Vermögensobjekt wertmäßig in diesem Umfang zusteht.²⁾

1) Siebert S. 24, 43; NJW 1955, 811 Anm. 20.

2) Im Ergebnis ebenso: Bartholomeyczik S. 201 f.; Baumbach-Duden § 139 Anm. 2 C; Erman-Bartholomeyczik vor § 2032 Anm. 3 b; Siebert S. 24, 43; Reinicke NJW 1957, 563, die jedoch glauben, die Abfindungspflicht des Gesellschafter-Nachfolgers aus § 2301 BGB schließen zu können. Dieser Lösungsversuch ist jedoch weder möglich (vgl. Zunft NJW 1957, 1132) noch nötig. Ebenso auch Zunft NJW 1957, 1133, der jedoch keine Möglichkeit für eine Ausgleichspflicht des Gesellschafter-Erben sieht und damit der Sondererfolge auch eine wertmäßige Zuordnung beimißt. Geßler-Hefermehl § 139 RN. 25, die jedoch in RN. 17 den Gesellschaftsanteil nicht zum Nachlaß zählen und den übrigen Miterben einen Auseinandersetzungsanspruch gegen die Gesellschaft zubilligen. Da jedoch keine Gesellschaftserstellung vakant wird, liegt ein Anwendungsfall des § 738 BGB nicht vor. Hueck S. 265 bejaht ebenfalls einen Abschichtungsanspruch gegen die Gesellschaft. In DNotZ 1952, 554 hat er diese Ansicht dahin konkretisiert, daß ein Auseinandersetzungsanspruch dann nicht entstehen soll, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Vollnachfolge vereinbart ist. Umgekehrt sagt er, JZ 1957, 223, daß in einem Falle, in dem der Auseinandersetzungsanspruch ausgeschlossen ist, eine Vollnachfolge anzunehmen sei. Vgl. auch Liebisch ZHR 116, 139, nach dem der Gesellschaftsanteil ein erbrechtliches Sondergut ist, das nur die Nachfolge eines einzelnen Erben zuläßt. Liebisch spricht den übrigen Erben aber nicht nur einen erbrechtlichen Ausgleichsanspruch, sondern auch — unzutreffend — einen vom Erblasser ausschließbaren gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch gegen die Gesellschaft zu (aaO. S. 151). Tiedau MDR 1957, 644, der aber die §§ 2050, 2315 BGB entsprechend anwenden will. Indessen ist diese Analogie nicht erforderlich; denn der Gesellschaftsanteil ist Bestandteil des Nachlasses, so daß er bei der wertmäßigen Zuordnung der Nachlaßgegenstände ohnehin zu berücksichtigen ist. Ausgleichspflichtige Zuwendungen sind im übrigen vor dem Erbfall vorgenommen und daher nicht Bestandteil des Nachlasses. Ebenso wie hier Staudinger-Lehmann Vorbem. 10 vor § 2032. In RN. 16 vor § 1937 fragt Lehmann jedoch, ob die dem Gesellschafter-Erben gemachte Zuwendung nicht als Vermächtnis aufgefaßt werden müßte, zumal wenn er letztwillig von der Zahlung von Abfindungsansprüchen befreit sei. Das setzt aber eine Verfügung von Todes wegen voraus, die eine andere als die gesetzliche wertmäßige Zuordnung zum Inhalt hat. Kipp-Coing § 91 IV 4 d S. 391 im Gegensatz zur Vorauflage. Coing nimmt jedoch eine Analogie zum Höferecht an und hält auch eine andere Lösung für denkbar. Danach soll der Gesellschaftsvertrag wie ein dingliches Vermächtnis wirken. Gegen die Anordnung eines Vermächtnisses in einem Gesellschaftsvertrag erheben sich aber erhebliche Bedenken. Außerdem ergeben sich dann unüberbrückbare Schwierigkeiten bei der Nachlaßhaftung. A. A. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 8; Staudinger-Geiler-Keßler § 727 RN. 22; OLG Bamberg MDR 1956, 41; Wolf NJW 1954, 1551, die alle einen Vertrag zugunsten des Gesellschafter-Nachfolgers annehmen. A. A. auch Buchwald AcP 154, 25 Anm. 9, der eine Teilungsanordnung anzunehmen scheint. Kaufmann JZ 1959, 523, der einmal zwischen Mitgliedschaftsrechten, die nur unter § 139 HGB fallen sollen, und Kapitalanteil, der sich nur nach Erbrecht richten soll, unterscheidet und zum andern Sondererfolge mit der Begründung ablehnt, daß sie einer verbotenen fideikommissähnlichen Vermögensbindung gleichkomme. Das RG in RGZ 171, 345 (350) = DR 1943, 1224 (1226) versagt den übrigen Erben den Ausgleichsanspruch gegen den Gesellschafter-Nachfolger, da sie an der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung nicht erbberechtigt seien, so auch RGZ 171, 328 (331). Das RG erkennt hierbei den Unterschied zwischen der erbrechtlich dinglichen und wertmäßigen Zuordnung. Ferner übersieht es, daß es die unmittelbare Nachfolge in den Gesellschaftsanteil bejaht, die Wechselwirkung von Gesellschafts- und Erbrecht. In RGZ 170, 99 (107) = DR 1943, 300 hat das RG dagegen entschieden, daß der nachfolgeberechtigte Erbe sich den Gesellschaftsanteil bei der Erbauseinandersetzung anrechnen lassen müsse.

Die hier vertretene Auffassung läuft nicht, wie Fischer¹⁾ meint, auf eine Anerkennung des Höferechts in einem bestimmten Bereich des gewerblichen Sektors hinaus, sondern folgt aus allgemeinen erbrechtlichen Erwägungen. Allerdings besteht eine Parallele zum Anerbenrecht. In beiden Fällen ist der Gegenstand der Sondererbfolge nur dinglich aus dem übrigen Nachlaß ausgesondert. Wertmäßig bleibt er Bestandteil des Gesamtnachlasses. Daß der Hoferbe in vieler Hinsicht auch wertmäßig bevorzugt ist, ist keine Eigenart der Sondererbfolge, sondern des Höferechts. Deshalb bedurfte es auch insoweit besonderer gesetzlicher Vorschriften. Im Gegensatz zum Höferecht ist der Gesellschafter-Nachfolger immer Erbe nach allgemeinem Recht.

Zwischen dem Gesellschafter-Nachfolger und den übrigen Erben besteht wie beim Anerbenrecht auch hinsichtlich des Gesellschaftsanteils eine Erbengemeinschaft, die jedoch atypisch ist, da die gesamthänderische Bindung fehlt (Erbennengemeinschaft). Es bleibt aber auch hier die Ausgleichspflicht der §§ 2050 ff. BGB und die gemeinsame Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. Die übrigen Erben haften gemäß § 1967 2058 BGB auch für solche Nachlaßschulden, die den Erblasser in seiner Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter der OHG getroffen haben.²⁾

Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft und für die KG, soweit der persönlich haftende Gesellschafter betroffen ist.

C) Die Nachfolge eines nichterbberechtigten familienzugehörigen Haushaltsangehörigen des Erblassers in dessen Mietverhältnis

Das Mietverhältnis ist auch auf Seiten des Mieters nicht ausschließlich persönlichkeitsbezogen, sondern vornehmlich Vermögensobjekt.³⁾ Die Rechtsstellung aus dem Mietvertrag fällt daher als vererbliches Gut (§ 569 BGB) den Erben des verstorbenen Mieters an. Über diese sich aus dem allgemeinen Recht ergebende Rechtsfolge hinaus hat § 19 MSchG einen besonderen Fall der Nachfolge in ein Mietverhältnis geschaffen. Stirbt der Mieter, so treten seine Familienangehörigen, soweit sie zu seinem Hausstand gehören und ihn nicht nach allgemeinem Recht beerben⁴⁾, in die Rechte und Pflichten des Mieters ein (§ 19 Abs. 1 Satz 1, Satz 4 MSchG). Diese Bestimmung läßt nur die Auslegung zu, daß die familienzugehörigen Haushaltsangehörigen unmittelbar in das Mietverhältnis eintreten. Eine andere Lösung ist insoweit nicht denkbar. Bei einem nur vermachten Eintrittsrecht müßte, um die Nachfolge in den Mietvertrag herzustellen, der Vermieter mitwirken. Dem Vermieter kann jedoch nicht die Entscheidung darüber übertragen werden, ob eine Nachfolge in das Mietverhältnis erfolgen soll oder nicht. Eine Verpflichtung seinerseits zum Abschluß eines neuen Mietvertrages mit dem Nachfolgeberechtigten ist in § 19 MSchG nicht begründet worden. Gegen die Anordnung eines derartigen Kontrahierungszwanges im Mietrecht bestehen auch erhebliche Bedenken. § 19 MSchG kann vor allem aber nur entnommen werden, daß der Nachfolgeberechtigte das alte Mietverhältnis des Erblassers fortsetzen soll. Diese Vorschrift will ihm nicht das Recht vermitteln, einen neuen Mietvertrag mit dem Vermieter des Erblassers einzugehen. Daher kann § 19 MSchG nicht die Anordnung eines schuldrechtlichen Vermächtnisses enthalten. Aber auch

1) Fischer in LM Nr. 1 zu § 139 HGB.

2) Diese Haftungspflicht fordert im übrigen auch aus Gründen der Billigkeit, die anderen Erben wertmäßig am Gesellschaftsanteil zu beteiligen.

3) Bartholomeyczik S. 200.

4) Das ist auch dann der Fall, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt. Damit hat er sich noch nicht der Rechte aus § 19 Abs. 1 Satz 1 MSchG entäußert; denn diese entstehen ja erst im Augenblick der Erbausschlagung und unterliegen anderen Ausschlagungsregeln. Vgl. Bartholomeyczik S. 201; Bettermann § 19 RN. 39; Roquette § 19 RN. 13.

die Annahme eines dinglichen Vermächtnisses scheidet aus. Hierdurch würde zwar der unmittelbare Übergang des Mietvertrages auf den Nachfolgeberechtigten gewährleistet. Es ist jedoch bereits an anderer Stelle dargetan¹⁾, daß nach allen Rechtssystemen, die ein unmittelbar wirkendes Vermächtnis kennen, dieses Vermächtnis nicht mit einer Besitzzeiweisung in den vermachten Gegenstand verbunden ist. Daher würde der Erbe gemäß § 857 BGB Besitzer der Mietsache sein. Das widerspricht aber dem Sinn und Zweck des § 19 MSchG. Der Nachfolgeberechtigte muß mit dem Erbfall Besitzer des Mietobjektes werden und darf nicht auf einen Besitzübertragungsanspruch, den er notfalls im Klagewege geltend machen müßte, gegen den Erben verwiesen werden. Als Vermächtnisnehmer würde der Nachfolgeberechtigte überdies nicht für Nachlaßverbindlichkeiten haften. Damit würde das Mietverhältnis den Nachlaßgläubigern entzogen. Auch das kann in deren Interesse nicht hingenommen werden. Daher kann § 19 MSchG kein dingliches Vermächtnis sein. Aus den angeführten Gründen muß der Nachfolgeberechtigte vielmehr als Erbe angesehen werden. In diesem Fall erfolgt eine unmittelbare, durch den Erbfall ausgelöste Erbfolge in das Mietverhältnis, die dem Grundgedanken des § 19 Abs. 1 MSchG gerecht wird. Da sich der in dieser Bestimmung angeordnete Eintritt in die Rechte und Pflichten des Erblassers nicht auf Grund des allgemeinen Erbrechts vollzieht, handelt es sich insoweit um eine Sondererbfolge.²⁾ Diese Sondererbfolge erscheint in der Form einer Singularsukzession, da sie nur den Übergang eines einzelnen Rechtsverhältnisses bewirkt.

Ist eine der im § 19 Abs. 1 Satz 1 MSchG genannten Person Erbe geworden, dann entfällt nach § 19 Abs. 1 Satz 4 MSchG die Sondererbfolge. Es verbleibt dann bei der Universalsukzession des allgemeinen Rechts, jedoch mit dem Kündigungsschutz zugunsten des familien- und haushaltszugehörigen Erben (§ 19 Abs. 2 Satz 2 MSchG).³⁾

Wenn auch die Nachfolge des § 19 Abs. 1 Satz 1 MSchG kraft Gesetzes eintritt, so bedeutet dies keinesfalls, daß nunmehr zwischen dem Vermieter und dem Nachfolger ein neues, gesetzliches Mietverhältnis begründet wird.⁴⁾ Nicht der Mietvertrag beruht auf Gesetz, sondern der Übergang vom Erblasser auf den Nachfolgeberechtigten. Grundlage dieses Mietverhältnisses ist der zwischen dem Erblasser und dem Vermieter abgeschlossene Mietvertrag.

Infolge der Sondererbfolge werden die Rechte aus dem Mietvertrag nicht aus dem allgemeinen Nachlaß ausgeklammert. Sie bilden keinen rechtlich selbständigen Nachlaß. Die Rechte aus dem Mietvertrag und das übrige Vermögen des Erblassers sind lediglich Teile eines gemeinsamen Nachlasses. Beide Nachlaßteile werden jedoch dinglich und wertmäßig verschiedenen Personen zugeordnet. Das Mietverhältnis geht nur auf die Haushaltsangehörigen Sondererben des § 19 MSchG über, das übrige Vermögen fällt ausschließlich den Erben nach allgemeinem Recht zu. Soweit mehrere nachfolgeberechtigte Haushaltsangehörige vorhanden sind, bilden sie untereinander keine Gesamthandsgemeinschaft, sondern eine Bruchteilsgemeinschaft.⁵⁾ Mit Recht wird dies von Bartholomeyczik⁶⁾ damit begründet, daß

1) Vgl. Kap. 2 Abschnitt A I 4 a.

2) Im Ergebnis ebenso Bartholomeyczik S. 13, 200 f.; Bettermann § 19 Vorbem., § 19 RN. 66, 76; Roquette S. 209, § 19 RN. 12, der jedoch von „Sonderrechtsnachfolge“ und in § 19 RN 18 auch von einem Eintritt spricht. Hans § 19 Anm. 13; Kozer § 19 Anm. 1. A. A. BGH NJW 1962, 487.

3) Bartholomeyczik S. 200 f.; Bettermann § 19 RN. 39; Roquette § 19 RN. 13.

4) Kiefersauer-Glaser-Brumby § 19 Anm. 78.

5) So mit Recht Bartholomeyczik S. 201; Bettermann § 19 RN. 90. A. A. Roquette S. 37 Anm. 11, der eine Gesamthandsgemeinschaft anzunehmen scheint. LG Berlin JR 1950, 245, das ein gesellschaftsähnliches Verhältnis, also auch eine Gesamthandsgemeinschaft annimmt. LG Lüneburg NJW 1952, 1143, das das Vorliegen einer Gemeinschaft überhaupt verneint.

6) S. 209; ähnlich Bettermann § 19 RN. 90.

kein rechtspolitisches Bedürfnis dafür besteht, eine Gesamthandsgemeinschaft anzunehmen, wenn die Vorschriften über die Gemeinschaft dazu ausreichen, das Rechtsverhältnis der Beteiligten nach außen und innen befriedigend zu gestalten. Für die Gesamthandsgemeinschaften besteht ein *mucus clausus*, in den nicht ohne Grund eingegriffen werden sollte. Die dogmatische Begründung für das Vorliegen einer Bruchteilsgemeinschaft ergibt sich im übrigen unmittelbar aus § 19 Abs. 1 MSchG. Das Mietverhältnis ist — ähnlich wie für den Gesellschaftsanteil nach den §§ 131 Ziff. 4, 139 HGB — für jeden einzelnen Haushaltsangehörigen vererblich gemacht. Dies folgt auch aus der Tatsache, daß jedem einzelnen Sondererben im § 19 Abs. 1 Satz 3 MSchG das Recht eingeräumt ist, durch eine Art Erbausschlagung innerhalb einer Frist von einer Woche nach Kenntnis des Todes des Erblassers dem Vermieter gegenüber zu erklären, daß er das Mietverhältnis nicht fortsetzen will. Dieses Ausschlagungsrecht steht nicht allen Sondererben gemeinschaftlich zu. Wenn es auch einer Erbausschlagung gleichkommt, so spricht dieser Umstand dennoch dafür, daß eine gesamthänderische Bindung nicht vorhanden ist. Zwischen mehreren Mitmietern besteht auch im übrigen in der Regel keine Gesellschaft, sondern eine Gemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff. BGB.¹⁾ Allerdings findet eine Teilung in Natur gemäß § 742 BGB nicht statt. Dies ist deswegen ausgeschlossen, weil es sich bei dem Mietverhältnis, an dem die Gemeinschaft besteht, um ein nichtaufteilbares Recht handelt.²⁾ Es läßt sich jedenfalls nicht in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile zerlegen. Ferner kann keiner der Teilhaber gemäß § 747 Satz 1 BGB über seinen Anteil verfügen.³⁾ Dies folgt einmal aus dem Inhalt und Wesen des Mietvertrages und zum anderen aus der rechtlichen Unselbständigkeit der Anteile an einem Mietverhältnis. Wenn aber unter mehreren Mietern ein Gemeinschaftsverhältnis besteht, dann muß dasselbe auch für das Verhältnis mehrerer nachfolgeberechtigter Haushaltsangehöriger gelten.

Zwischen dem Sondererben und dem Erben nach allgemeinem Recht besteht eine Miterbengemeinschaft in einer atypischen Erscheinungsform; denn den Miterben steht kein einziger Nachlaßgegenstand gemeinschaftlich zur gesamten Hand zu. Die Annahme einer atypischen Erbengemeinschaft ist aber dennoch gerechtfertigt, da der Sondererbe und der Erbe nach allgemeinem Recht zueinander in Rechtsbeziehungen stehen, die nur einer Erbengemeinschaft eigentümlich sind. Zwar sind sie untereinander nicht ausgleichspflichtig. Diese Tatsache ist jedoch kein weiteres ausschlaggebendes Unterscheidungsmerkmal zur Erbengemeinschaft des BGB. Die Ausgleichspflicht entfällt nur deswegen, weil bei der Sondererfolge des § 19 Abs. 1 MSchG die dingliche und die wertmäßige Zuordnung übereinstimmen. Durch den Wert des Sondererbgesetzes wird der Anteil des Sondererben am Gesamtnachlaß bestimmt, ohne daß der dem einzelnen Sondererben zufallende Vermögensanteil als Erbteil im Sinne des § 1922 Abs. 2 BGB aufgefaßt werden könnte. Sind mehrere Sondererben vorhanden, so errechnet sich der Anteil eines jeden Sondererben ebenfalls nach dem Wert des Mietverhältnisses, geteilt durch die Zahl der Sondererben. Die fehlende Ausgleichspflicht ist somit kein Grund, die Annahme einer atypischen Erbengemeinschaft abzulehnen. Allerdings kann insoweit nicht wie im Höferecht und bei der Sondererfolge in einen Gesellschaftsanteil von einer „Erbeninnengemeinschaft“ gesprochen werden. Die Gemeinschaft zwischen dem Sondererben des § 19 Abs. 1 MSchG und dem Erben des allgemeinen Rechts ist mit der Innengesellschaft nicht zu verglei-

1) KG JW 1930, 1314; Enneccerus-Lehmann § 183 I.

2) KG JW 1930, 1314.

3) Nach Bettermann § 19 RN. 90 ist diese Vorschrift stillschweigend wegbedungen.

chen. Hier besteht ein weitaus lockeres Band. Den Sondererben und den Erben des BGB verbindet nur die gemeinsame Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. Der familienzugehörige Haushaltsangehörige hat für alle Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen, auch wenn sie mit dem Mietvertrag nicht zusammenhängen.¹⁾ Der Erbe nach allgemeinem Recht haftet dem Vermieter für alle aus dem Mietvertrag herrührenden Forderungen, obwohl er in das Mietverhältnis nicht eintritt.²⁾ Den Gegenmeinungen, die in diesem Zusammenhang vertreten werden, kann nicht gefolgt werden. Sie setzen voraus, wenn sie überhaupt von einer Sondererbfolge ausgehen, daß durch den Erbfall zwei rechtlich selbständige Nachlässe entstehen und eine deutschrechtliche Spezialsukzession mit einer getrennten und gegenständlich beschränkten Schuldenhaftung eintritt. Eine Sondererbfolge in dieser Form ist dem geltenden Recht jedoch fremd. Sie kann weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des § 19 MSchG entnommen werden. Eine derartige Form der Sondererbfolge muß darüber hinaus wegen der damit für die Nachlaßgläubiger verbundenen Nachteile abgelehnt werden. Würden der Sondererbe und der Erbe nach allgemeinem Recht nicht für sämtliche Nachlaßschulden haften, dann wäre den Nachlaßgläubigern, deren Forderungen aus dem Mietverhältnis stammen, nach dem Erbfall der Zugriff in das übrige Vermögen verwehrt. Die Nachlaßgläubiger, denen eine mit dem Mietvertrag nicht zusammenhängende Forderung zusteht, hätten dagegen keine Vollstreckungsmöglichkeit in Forderungen des Erblassers, die aus dem Mietverhältnis resultieren und die für sie zumindest dann pfändbar sind, wenn es sich um Schadensersatzforderungen handelt. Die Rechtsposition der Nachlaßgläubiger würde daher durch den Erbfall verschlechtert, weil ihrem Zugriff Vermögensobjekte entzogen würden, die ihnen zu Lebzeiten des Erblassers zugänglich waren. Dies ist mit ihren schutzwürdigen Interessen nicht vereinbar. Sowohl der Sondererbe als auch der Erbe des BGB müssen daher gemeinschaftlich für alle Nachlaßverbindlichkeiten einstehen. Dadurch werden für den Sondererben keine Unbilligkeiten hervorgerufen; denn selbstverständlich steht es ihm frei, seine Haftung mit den üblichen Mitteln auf den ihm zugefallenen Nachlaßteil zu beschränken. Die Dürftigkeitseinrede des § 1990 BGB kann er stets erheben. Ist der ihm zugefallene Nachlaßteil aber nicht dürftig, so ist seine unbeschränkte Haftung, falls er von den anderen Haftungsbeschränkungsmitteln keinen Gebrauch gemacht hat, nicht unbillig.

Zwar ist zuzugeben, daß die Haftung des Sondererben des § 19 MSchG am gerechtesten und einleuchtendsten in der Weise gelöst werden müßte, daß er zusammen mit dem Erben des allgemeinen Rechts zwar für alle Nachlaßschulden einzustehen hätte, jedoch mit der automatischen Haftungsbeschränkung auf den ihm zugefallenen Vermögenswert. Dieses Ergebnis, das für alle Beteiligten eine befriedigende Lösung darstellen würde, läßt sich jedoch bei dem gegenwärtigen Rechtszustand nicht erreichen. Diesen Weg geht zwar das französische Recht bei der Haftung des Erbteilvermächtnisnehmers für Nachlaßverbindlichkeiten (Art. 1012 Code civil).³⁾ Auch den Vermächtnisnehmer des deutschen Rechts trifft die Haftung für die auf dem vermachten Gegenstand lastenden dinglichen Rechte, und zwar beschränkt auf den zugewendeten Vermögensgegenstand (§§ 2165 ff. BGB). Jedoch sind diese beiden Fälle mit dem Sondererbrecht des § 19 MSchG nicht zu vergleichen. Es fehlt vor allem an einer Vorschrift oder an einer Begründung, aus der auf eine Haftungsbeschränkung geschlossen werden könnte. Die

1) Nach Roquette S. 209, § 19 RN. 19 und Kiefersauer-Glaser-Brumby § 19 Anm. 78 soll er nicht einmal für rückständige Mieten haften, soweit sie vor dem Erbfall entstanden sind. Ebenso BGH NJW 1962, 487.

2) Im Ergebnis ebenso LG Köln WM 1953, 15; Hans § 19 Anm. 3; Roquette S. 209, § 19 RN. 19. A. A. Bartholomeyczik S. 201; Bettermann § 19 RN. 77; Kiefersauer-Glaser-Brumby § 19 Anm. 78.

3) Mit Ausnahme der hypothekarischen Haftung. Diese ist unbeschränkt.

erstrebte gegenständlich beschränkte Haftung kann auch nicht aus dem früheren Recht abgeleitet werden.

Ursprünglich brauchte der Erbe nicht für die Schulden des Erblassers einzustehen. Vielmehr haftete der Schuldner nach seinem Tode für seine Verbindlichkeiten weiter.¹⁾ Dem älteren Recht war eine Vermögenshaftung unbekannt.¹⁾ Dies änderte sich erst im Mittelalter. Der Sachsenspiegel ließ den Erben mit der Fahrhabe haften.²⁾ Die Liegenschaften waren jedoch von der Haftung freigestellt, da der Erblasser über sie auch zu seinen Lebzeiten infolge des Warterechts der Hauserben nicht frei verfügen konnte. Nachdem die Warte- und Beispruchsrechte allmählich in ein echtes Erbrecht umgewandelt waren, mußten auch die Liegenschaften der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten unterworfen werden. Fahrhabe und unbewegliche Sachen vererbten sich jedoch getrennt. Daraus entwickelte sich eine beschränkte Erbenhaftung. Der Erbe hatte nicht mit seinem eigenen Vermögen für die Nachlaßschulden einzustehen, vielmehr haftete er nur mit dem ihm zugefallenen Sondergut für die auf diesem lastenden Schulden.³⁾ Diese Haftung ist zutreffend als „eine getrennte und gegenständlich beschränkte Schuldenhaftung“ bezeichnet worden.⁴⁾ Die alten Anerbengesetze haben zum Teil zugunsten des Anerben zwar die Haftungsbeschränkung, nicht jedoch die Schuldentrennung, die insbesondere im Recht der Lehen, Stammgüter und Familienfideikomisse ausgeprägt war, beibehalten. So bestimmte § 30 des AnerbenG von Mecklenburg-Strelitz, das im § 9 zwischen Gutsschulden und anderen Nachlaßverbindlichkeiten unterschied, daß der Anerbe, der nicht zugleich nach allgemeinem Recht zum Erben berufen war, gesamtschuldnerisch mit dem weichenden Erben für die Gutsschulden, aber nur mit dem Gutsvermögen haftete. Er hatte aber auch für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen, jedoch wiederum beschränkt auf das Gutsvermögen und nur „aushilflich“. Eine ähnliche Haftungsregelung findet sich im Anerbenrecht von Mecklenburg-Schwerin. Nach § 380 AVO zum BGB haftete der Anerbe, der nicht zugleich Erbe der übrigen Erbschaft geworden ist, für die Gutsschulden nur mit dem Gutsvermögen (§ 359 AVO). Mit diesem Vermögen haftete er auch „aushilflich“ für die Nachlaßverbindlichkeiten, die die übrigen Erben zu tragen hatten. Auf der anderen Seite hafteten nach beiden Anerbengesetzen die weichenden Erben auch für die Gutsschulden, jedoch nach dem Anerbenrecht von Mecklenburg-Schwerin mit der Einrede der Vorausklage. Diese beschränkte Schuldenhaftung kann für den Sondererben des § 19 Abs. 1 MSchG nicht übernommen werden; denn sie ergibt sich nicht von selbst aus dem Institut der Sondererbsfolge. Deshalb waren die Vorschriften über die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich, die übrigens in anderen Erbengesetzen fehlen oder anders lauten. Für das REG wurde allerdings verschiedentlich eine andere Auffassung vertreten. Das REG hatte die Frage, ob und in welchem Umfang der Anerbe für Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen hatte, zunächst nicht ausdrücklich geregelt.⁵⁾ Das Schrifttum vertrat insoweit unterschiedliche Ansichten. Stoll⁶⁾ war der Meinung, das Aktivvermögen zerfalle in zwei gesonderte und besonders zu behandelnde Vermögensmassen. Deshalb müsse auch zwischen Hofschulden und anderen Verbindlichkeiten unterschieden werden. Für die reinen

1) Planitz S. 238.

2) Landrecht I Art. 6 92 Hübner S. 685; Planitz S. 238.

3) Mitteis-Lieberich S. 144.

4) Stobbe V S. 9; Staudinger-Böhmer § 1922 RN. 110.

5) Die §§ 22, 34, 36 REG, die sich mit der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten befaßten, geben insoweit kein klares Bild

6) DJZ 1935 Sp. 940.

Hofschulden hafte nur der Anerbe, und zwar auch mit seinem Eigenvermögen.¹⁾ Für die übrigen Verbindlichkeiten hätten die weichenden Erben einzustehen; jedoch habe auch der Hoferbe sie zu tragen, selbst wenn er nicht Erbe des allgemeinen Rechts geworden sei, in diesem Fall aber beschränkt auf die Überschüßzeugnisse des Hofes.²⁾ Bosch³⁾ und Dölle⁴⁾ nehmen ebenfalls keine gesamtschuldnerische Haftung zwischen Hoferben und weichenden Erben an. Der Anerbe, der nicht Erbe des bürgerlichen Rechts geworden ist, haftet nach ihrer Meinung nur für die Hofschulden, aber beschränkt auf den Erbhof. Die übrigen Erben sollen dagegen für alle Nachlaßverbindlichkeiten haften. Die herrschende Meinung lehnte demgegenüber diese verwickelte Schuldentrennung und Haftungsbeschränkung ab, weil weder das Gesetz noch die Geschichte dafür eine Stütze bot und nahm stattdessen gemäß § 2058 BGB eine gesamtschuldnerische und unbeschränkte, aber beschränkbare Haftung an, soweit das REG insoweit keine Sonderregelung getroffen hatte.^{5) 6)} Die herrschende Ansicht ist durch § 14 der Novelle vom 21. 12. 1936 (EHRV) Gesetz geworden. Die von Stoll, Bosch und Dölle vertretenen Auffassungen wären nur zu halten gewesen, wenn der Erbhof rechtlich einen völlig selbständigen Nachlaßteil gebildet hätte. Das war indessen nicht der Fall. Die für den Sondererben des § 19 Abs. 1 MSchG erstrebte Haftungsbeschränkung muß ebenfalls daran scheitern, daß trotz der Sondererbfolge die Einheit des Nachlaßvermögens gewahrt bleibt. Die praktischen Auswirkungen, die die hier vertretene Ansicht mit sich bringt, sollten nicht verkannt, aber auch nicht überschätzt werden. Die Sondererben des § 19 MSchG sind in dem Erbschein mit aufzuführen. Dies ist die notwendige Schlußfolgerung, die sich aus der Annahme einer Sondererbfolge ergibt. Der Erbschein soll Auskunft über die Rechtsnachfolge in das Vermögen des Erblassers geben. Diese Auskunft bleibt unvollständig, wenn sie sich nicht auch auf die Nachfolge in das Mietverhältnis erstreckt. Jeder Erbschein, der den Sondererbfolgen des § 19 Abs. 1 MSchG nicht ausweist, ist somit unrichtig, zumal eine Bestimmung über die Ausstellung einer Bescheinigung über die Mietnachfolge wie im Höferecht oder im Heimstättenrecht fehlt. Die Folgen, die sich aus der Unrichtigkeit dieser Erbscheine ergeben⁷⁾, sind jedoch ohne große praktische Bedeutung, da der dem Sondererben zugefallene Vermögenswert in der Regel gering ist. Da jedoch der Erbschein bei Aufnahme des Sondererben ohne nähere Erläuterung insofern ein unrichtiges Bild gibt, als die Erben des allgemeinen Rechts nicht über das Mietverhältnis und der Sondererbe nicht über den allgemeinen Nachlaß Verfügungsbefugt sind, ist es erforderlich, ähnlich wie im Höfe- und Heimstättenrecht den Sondererben als solchen auszuweisen und anzugeben, auf welchen Nachlaßgegenstand sich die Sondererbfolge erstreckt. Anderenfalls würde infolge des mißverständlichen Erbscheins der Rechtsverkehr erschwert.

1) Stoll S. 90; DJZ 1935 Sp. 942.

2) Stoll S. 89; DJZ 1935 Sp. 944.

3) S. 48 ff., vgl. auch S. 15.

4) Bürgerliches Recht S. 89.

5) Vgl. die §§ 22, 34, 36, 38 REG.

6) Vgl. den Hinweis von Stoll DJZ 1935 Sp. 939 und Vogels § 34 RN. 4; Busse DR 1935, 424.

7) In der Praxis wird der Sondererbe des § 19 MSchG im Erbschein nicht mit aufgeführt.

D) Die Nachfolge in einem GmbH-Geschäftsanteil

Neuerdings hat Schefer¹⁾ die Auffassung vertreten, auch der Geschäftsanteil einer GmbH könne im Wege der Sondererbfolge vererbt werden. Eine positive gesetzliche Grundlage fehle allerdings dafür. Sie könne insbesondere nicht dem § 17 Abs. 4 GmbHG entnommen werden; denn diese Vorschrift beziehe sich nur auf die Teilung eines Geschäftsanteils bei der Erbauseinandersetzung. Jedoch könne in der Satzung einer GmbH bestimmt sein, daß der Geschäftsanteil nur auf einen von mehreren Erben des verstorbenen Gesellschafters übergehe. Die Bestimmung des § 15 Abs. 1 GmbHG, nach der der Geschäftsanteil vererblich ist, sei dispositiver Natur. Wenn aber sämtliche Erben von der Nachfolge in den Geschäftsanteil durch die Satzung ausgeschlossen werden könnten, dann müsse auch eine Satzungsbestimmung, die die Vererblichkeit auf einen Erben beschränkt, zulässig sein. Der Gesellschaftsvertrag einer OHG könne gleichfalls den Geschäftsanteil des Gesellschafters-Erblasser zugunsten nur eines Erben für vererblich erklären.

Läßt man aber eine Satzungsbestimmung des Inhalts zu, daß der Geschäftsanteil lediglich für einen Erben vererblich ist, dann ergibt sich eine echte Sondererbfolge; denn durch sie wird die Universalsukzession und das Gesamthandsprinzip des allgemeinen Erbrechts durchbrochen.

Der Ansicht von Schefer kann jedoch nicht beigeppflichtet werden. Die wohl überwiegende Meinung²⁾ hält mit Recht eine Satzungsbestimmung, die den Geschäftsanteil nur zugunsten eines Erben für vererblich erklärt, für unzulässig. Eine derartige Vererbungsklausel kann nicht mit dem Hinweis auf das Recht der OHG begründet werden. Die §§ 131 Ziff. 4, 139 HGB sind mit § 15 Abs. 1 GmbHG nicht zu vergleichen. Während der Geschäftsanteil einer GmbH vererblich ist, ist die Mitgliedstellung zu einer OHG im allgemeinen unvererblich. Sie kann aber, wie bereits ausgeführt worden ist³⁾, für jeden einzelnen Miterben vererblich gemacht werden. Nicht die Erbengemeinschaft erwirbt den Geschäftsanteil, sondern jede einzelne Erbe. Deshalb kann den Ermächtigungsvorschriften der §§ 131 Ziff. 4, 139 HGB entnommen werden, daß die Vererblichkeit auf einen bestimmten Erben beschränkt werden kann; denn diese Bestimmungen schaffen von vornherein eine Teilvererblichkeit. Das GmbH-Recht läßt demgegenüber den Übergang des Geschäftsanteils auf eine Erbengemeinschaft zu.⁴⁾ Der Geschäftsanteil teilt sich niemals kraft Gesetzes.⁵⁾ Trotz der dispositiven Natur des § 15 Abs. 1 GmbHG ist daher eine Teilvererblichkeitsklausel in der Satzung nicht zulässig, weil dadurch ohne Grund in das Erbrecht eingegriffen würde.⁶⁾

Schefers Ansicht ist aber insbesondere deswegen nicht haltbar, weil sie praktisch darauf hinausläuft, daß durch eine Parteivereinbarung das Erbrechtssystem des BGB außer Kraft gesetzt wird. Die Sondererbfolge setzt sich über die Grundsätze der Universalsukzession und der Gesamthandsgemeinschaft der Miterben hinweg. Das ist aber nur auf Grund einer positiven gesetzlichen Vorschrift zulässig. Daran fehlt es im GmbH-Recht. § 15

1) Schefer S. 60 ff., insbesondere S. 73 f.; derselbe DB 1961, 57 ff (60).

2) Hueck DNotZ 1952, 558; Baumbach-Hueck § 15 Anm. 1 A; Scholz § 15 RN. 12. A. A. Schilling in Hachenburg § 15 Anm. 3. Vgl. auch RGZ 80, 175 (179).

3) Vgl. Kap. 3 Abschnitt B II.

4) Vgl. § 18 GmbHG.

5) Baumbach-Hueck § 17 Anm. 2 A.

6) Das Reichsgericht hat in RGZ 80, 175 (177) eine Satzungsbestimmung für zulässig gehalten, durch die der Geschäftsanteil unmittelbar an einen bestimmten Dritten fällt, darin aber einen Vertrag zugunsten Dritter gesehen. Dem kann mit Rücksicht darauf, daß es sich dabei um einen von der HM abgelehnten Verfügungsvertrag zugunsten Dritter und auch regelmäßig um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt, nicht zugestimmt werden.

Abs. 1 GmbHG kann zwar durch Parteivereinbarung aufgehoben werden. Die auf diese Weise getroffene Satzungsbestimmung darf sich jedoch nicht in Widerspruch zu den zwingenden Vorschriften des BGB setzen.

Für die Zulässigkeit einer Sondererbfolge im GmbH-Recht besteht aber auch kein ausreichendes rechtspolitisches Bedürfnis. Die Beteiligung an einer GmbH ist fast ausschließlich vermögensrechtlicher Natur. Bei einer Kapitalgesellschaft steht die Persönlichkeit des Gesellschafters im Hintergrund.¹⁾ Die Vertretung und Geschäftsführung der Gesellschaft liegt nicht in Händen der Gesellschafter, sondern obliegt den Geschäftsführern, die die Stellung eines Organes der Gesellschaft bekleiden. Bei der GmbH ist die wichtigste Gesellschaftspflicht die Kapitaleinlage. Auf die Persönlichkeit der Gesellschafter kommt es entscheidend allenfalls bei der Gesellschaftsgründung an. Diese ist aber bei dem Tode eines Gesellschafters längst vollzogen. Zwar kann in der Satzung festgelegt sein, daß die Gesellschafter auch andere Verpflichtungen als die Leistung der Kapitaleinlage treffen können (§ 3 Abs. 2 GmbHG). Es ist denkbar, daß diese Pflichten persönlichkeitsbezogen sind. Dies wäre jedoch bei der GmbH als Kapitalgesellschaft eine Ausnahme, die die Einführung der Sondererbfolge nicht rechtfertigen kann. Die Gefahr, daß die Erben den Geschäftsanteil an andere, unerwünschte Personen übertragen, kann dadurch ausgeschlossen werden, daß die Übertragung der Geschäftsanteile von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht wird (§ 15 Abs. 5 GmbHG).²⁾

1) Persönlichkeitsbezogene Elemente im GmbH-Recht sind: die Erschwerung der Übertragung der Geschäftsanteile (§ 15 GmbHG), die Kapitaldeckungspflicht für die Aufbringung (§ 24) und die Erhaltung des Stammkapitals (§ 31 Abs. 3), die Vereinbarungsmöglichkeit einer Nachschußpflicht und die Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters, die von der Rechtsprechung zugelassen worden ist.

2) Hueck DNotZ 1952, 558.

Zusammenfassung

Als Ergebnis der Untersuchungen läßt sich folgendes zusammenfassen: Die Sondererbfolge ist eine außerhalb des allgemeinen Erbrechts eintretende gesetzliche Erbfolge, durch die dem Sondererben ein oder mehrere Vermögensgegenstände des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls dinglich zu Alleineigentum zugeordnet werden, ohne daß damit notwendig auch die wertmäßige Zuordnung dieser Gegenstände verbunden ist. Die dingliche Zuordnung vollzieht sich, wenn es sich um mehrere Rechtsverhältnisse handelt, die der Sondererbfolge unterliegen, in der Form einer beschränkten Gesamterbfolge. Handelt es sich dagegen nur um ein einzelnes Rechtsverhältnis, dann liegt eine Singularsukzession vor.

Der im Wege der Sondererbfolge dem Sondererben zugewandte Vermögensgegenstand bleibt Bestandteil des Gesamtnachlasses. An ihm besteht jedoch keine Gesamthandsgemeinschaft. Da die Sondererbfolge die Eigentumszuordnung des allgemeinen Erbrechts abändert und das Gesamthandsprinzip an dem ihr unterfallenden Nachlaßteil aufhebt, muß sie immer auf Gesetz beruhen. Der Sondererbe ist echter Erbe, der unbeschränkt, aber beschränkbar für alle Nachlaßverbindlichkeiten gesamtschuldnerisch mit den Erben des allgemeinen Rechts haftet. Mit diesen Erben verbindet den Sondererben eine atypische Erbengemeinschaft, die sich auf den Nachlaßteil erstreckt, der der Sondererbfolge unterliegt. Daneben bleibt der übrige Nachlaß als Sondervermögen bestehen. Beide Sondervermögen bilden zusammen den Nachlaß und damit ein neues Sondervermögen.

Von dem dinglichen Vermächtnis unterscheidet sich die Sondererbfolge vor allem dadurch, daß der Vermächtnisnehmer nicht für alle Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen hat und daß, wenn ihn überhaupt eine Haftung trifft, diese auf den ihm zugefallenen Vermögenswert beschränkt ist. Überdies erhält der Vermächtnisnehmer im Gegensatz zum Sondererben den Besitz an der vermachten Sache nicht kraft Gesetzes mit dem Erbfall. Ferner wird dem Bedachten durch ein unmittelbar wirkendes Vermächtnis der vermachte Gegenstand sowohl dinglich als auch wertmäßig zugeordnet.¹⁾ Durch eine Teilungsanordnung kann nur eine wertmäßige Zuordnung vollzogen werden. Sie setzt begrifflich voraus, daß die Miterben an den zu teilenden Gegenständen bereits gemeinsam berechtigt sind.

Die Vorschriften der §§ 4 HöfeO (ebenso § 9 Bremen, § 14 Rheinland-Pfalz, Art. 3 Württemberg), 26 AVO zum RHeimstG, 131 Ziff. 4, 139 HGB und § 19 Abs. 1 Satz 1 MSchG stellen Sondererbfolgen in diesem Sinne dar. Während jedoch der Sondererbe des § 19 Abs. 1 Satz 1 MSchG nie Erbe nach allgemeinem Recht ist,²⁾ ist er es bei den Sondererbfolgen des § 26 AVO zum RHeimstG und der §§ 131 Ziff. 4 und 139 HGB immer.³⁾ Der Hoferbe des § 4 HöfeO braucht nicht notwendig Erbe nach allgemeinem Recht zu sein. Soweit der Sondererbe zugleich Erbe des bürgerlichen Rechts ist oder sein kann, kann der durch eine Verfügung von Todes wegen des Erblassers bestimmt werden.

1) Soweit nicht daneben noch ein den Vermächtnisnehmer beschwerendes Untervermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist oder ausnahmsweise die beschränkte Schuldenhaftung eintritt.

2) Deshalb muß dieser Erbe im Erbschein aufgeführt sein. Andernfalls ist der Erbschein unrichtig.

3) In diesen Fällen ist der Erbschein richtig. Durch die Sondererbfolge werden die Erbteile nicht verändert.

Lebenslauf

Am 4. November 1932 wurde ich in Bad Münster als Sohn des Bauingenieurs und Maurermeisters Fritz Niemeier und dessen Ehefrau Felicitas, geb. Schmidt, geboren. Nach Besuch der Volksschule in Bad Münster und der Schiller-Schule in Hameln bestand ich am 7. März 1952 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich an den Universitäten in Köln und Göttingen Rechts- und Staatswissenschaften. Am 26. Mai 1956 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung. Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich im Bereich des Oberlandesgerichtsbezirk Celle. Am 3. Juni 1960 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz in Hannover die große juristische Staatsprüfung. Danach studierte ich die zur Promotion erforderlichen zwei Semester an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz, nachdem ich zwischenzeitlich bei einem Anwalt und Notar tätig war.

WANDERER-DRUCK, BAD MUNDER

